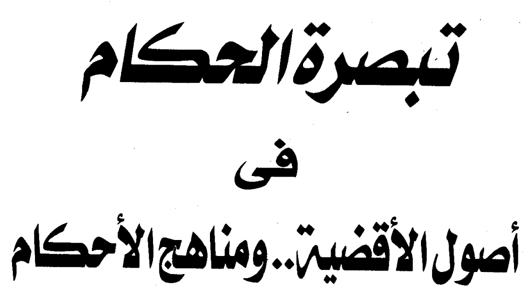


تبصرة الحكام

فى

أصول الأقضية.. ومناهج الأحكام

للقاضى برهان الدين إبراهيم بن على بن أبى القاسم

ابن محمد بن فرحون المالكى المدنى

(٧١٩هـ - ٧٩٩هـ)

الجزء الأول

مراجعة وتقديم

أ/ محمد عبد الرحمن الشاغول

الناشر

المكتبة الأزهرية للتراث

(٩) درب الأتراك - خلف الجامع الأزهر الشريف - ت: ٥١٢٠٨٤٧



مقدمة الكتاب

الحمد لله، والصلاة والسلام الأطيبان على سيدنا رسول الله، وعلى آله الكرام، وصحابته الأخيار، والتابعين إلى يوم الدين؛ وبعد: فهذا كتاب «تبصرة الحكام فى أصول الأقضية ومناهج الأحكام» للقاضى البصير، والعالم النحرير، برهان الدين إبراهيم بن فرحون، قاضى المالكية، وصاحب الأراء السنية، الذى أمتع عقولنا وقلوبنا بكتابه هذا، وهو يتكلم فى كيفية حكم القاضى، وما ينبغى أن يلتفت إليه، ويعتنى به عند الحكم بين الناس، ويتطرق إلى كل مسألة تخص هذا المقام، ويذكر فيها الفروع والأمثال، وبالمثال يتضح الحال، ويستدل بالآيات فى الأحكام، وبما جرى فى عهد النبى ﷺ، وما جرى فى عهد الصحابة ومن خلفهم من السادة والأئمة الأعلام، فهو كتاب متفردٌ فى بابه جيدٌ فى تناوله لمسائله.

نبذة عن الكتاب:

هذا وقد اعتمدت فى إخراج الكتاب على طبعة طبعت قديمًا بالمطبعة البهية المجاورة للقطب الدردير، وكان ذلك فى سنة اثنين وثلاثمائة وألف من الهجرة النبوية على صاحبها أفضل الصلاة وأتم التسليم. وتقع هذه الطبعة فى (٥٨٠) صفحة، وهى محفوظة تحت رقم (١٧٩٢) خصوصية و(٤٤٤٧٧) عمومية بمكتبة الأزهر الشريف بمشيخة الأزهر. وهى أقدم نسخة توجد لهذا الكتاب بالمكتبة، وباقى الطبعات كلها مطبوعة من عهد قريب فأغفلت عن ذكرها، ولم أعتمد عليها فى إخراج الكتاب سوى طبعة طبعتها المكتبة الأزهرية للتراث منذ حوالى ثلاثين عامًا فاستعنت بها عند عملى فى الكتاب. ومسطرة طبعة مكتبة الأزهر تقع فى (٣٠) سطر، وعلى هامشها كتاب «العقد المنظم» لابن سلمون الكنانى، ويعد خطها من الخطوط الجيدة فكان من الحرّى الاعتماد عليها خاصةً وقد حلت لنا بعض المشكلات فى بعض مواطن الكتاب التى وجدت فى الطبعة السابقة.

فكانت العناية بإخراج الكتـاب خاليًا من الإشكالات الفقهيـة أو اللغوية وضبط نصه بقدر الإمكان، فما كان من إصابة فـهو من الله، وما كان من خطأ فهو منى، وقـد استـولى النقص على جـملة البشـر، ولكن كـما قـال النبى ﷺ: **«سدّدوا وقاربوا»**، وقد خرّجت آيات القرآن بالكتاب ووضـعت ترجمةً للمؤلف وقدمت له بهذه المقدمة.

وأخيرًا فلا يسعنى إلا أن أحمد الله سـبحانه وتعالى على التوفيق لهذا، وأصلى وأسلم على خاتم رسل الله سيدنا محمد، وعلى آله وصحبه، ومن اتبعهم بإحسان إلى يوم الدين.

كتبه

محمد عبد الرحمن الشاغول



ترجمة الإمام ابن فرحون

نسبه ومولده:

القـاضى قاضى المدينة المـنورة برهان الدين أبو إسحـاق إبراهيم بن الشـيخ أبي الحسن على بن فـرحون المدنى الشيخ الإمام العمـدة الهمام أحد شـيوخ الإسلام، وقدوة العلماء الأعلام، وخاتمة الفضلاء الكرام، كان فصيح القلم كريم الأخلاق، وقد ولد سنة (٧١٩هـ).

شيوخه:

أخذ عن والده، وعمّه، والإمام ابن عـرفة، وأجازه والده، وابن الحباب، وابن مرزوق الجد، وابن جابر، وجماعة.

تلاميذه:

وعنه ابنه اليُمْن وغيره.

مؤلفاته:

له شرح على «**مختصر ابن الحـاجب الفرعى**» حفـيلٌ للغاية فى ثمانية أسـفار، و«**تبصرة الحكام فى أصول الأقضية ومناهج الأحكام**» لم يسبق لمثله، وفيه من الفوائد ما هو معروف.

و«**الديباج المذهب فى أعيان المذهب**» فيه نيف وثلاثون وستمـائة نَفْس جمعه من نحو عشرين مؤلفًا.

و«**درة الغوّاص فى محاضرة الخواص**» لم يسبق إلى مثله ألفه ألغازًا فى الفقه.

ومقدمة فى مصطلح ابن الحاجب.

و«**إرشاد السَّالك إلى أفعال المناسك**».

و«**المنتخب**» فى مفردات ابن البيطار فى الطب، وغـير ذلك وكل تآليفه غاية فى الإجادة لاتساع علمه.

وقد عاش وهو يسكن دارًا بالكراء.

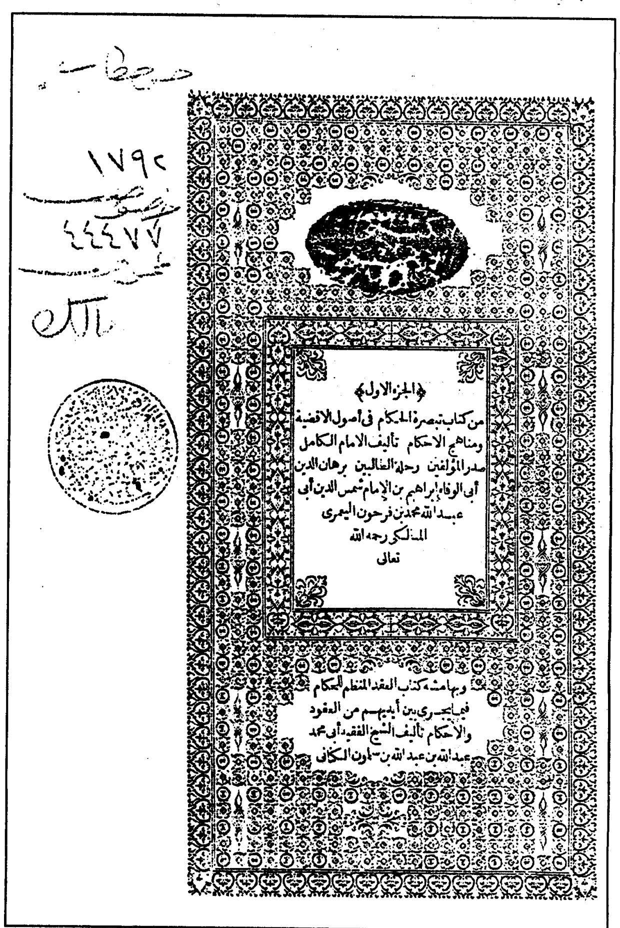
وفاته:

توفى فى ذى الحجة سنة (٧٩٩هـ)[1].

*****

---

(١) الترجمة من كتاب «شجرة النور الزكية فى طبقات المالكية» تأليف: العلامة الشيخ محمد بن محمد مخلوف - رحمه الله - ذكره فى الطبقة السادسة عشر فى أهل الحجاز - (ص٢٢٢) طبعة دار الفكر.



﴿الجزء الاول﴾

من كتاب تبصرة الحكام فى أصول الاقضية
ومناهج الاحكام تأليف الامام الكامل
صدر المؤلفين رحلة الطالبين برهان الدين
أبى الوفاء إبراهيم بن الإمام شمس الدين أبى
عبد الله محمد بن فرحون اليعمرى
المالكى رحمه الله
تعالى

وبهامشه كتاب العقد المنظم للحكام
فيما يجرى بين أيديهم من العقود
والاحكام تأليف الشيخ الفقيه أبى محمد
عبد الله بن عبد الله بن سلمون الكنانى

صورة الصفحة الأولى من كتاب «تبصرة الحكام»

وينبغى ان ينظر فى حال من صدر منه قول من هذه الاقوال فان كان من أهل الفقه والاستقامة فيخفف فى عقوبته ويقال ان كانت منه فلتة (ويكتب فى ذلك) عقد يعرف ٢٧٨ شهوده فلانا ويعلمونه من أهل الاستقامة فى أحواله والخير والديانة وحاله متصلة على ذلك حتى الآن وقيدوا على ذلك شهادتهم فى كذا * وان كان من أهل الشر والفساد فانه يزاد فى عقوبته ويشدد عليه بحسب ما يثبت من حاله (ويكتب فى ذلك) عقد يعرف شهوده فلانا ويعلمونه من أهل الشر والفساد والاحوال غير المستقيمة والتهم لا يعلمون حاله انتقلت عن ذلك ولا تبدلت بسواها حتى الآن وقيدوا على ذلك شهادتهم فى كذا (وفى) المدونة ان أهل التهم يكشفون ويقضى عليهم بقدر ما تهمتهم وشهرتهم بذلك وربما كان فيه الضرب هذا قول مالك والليث والعلماء رضى الله تعالى عنهم وفى الاستغناء قال المشاور وانما يقام على أهل التهم ويعاقبون فيما ادعى عليهم به خاصة لا فى غير ذلك من الاشياء وبذلك العمل وقال ابن العطار فى الذى يثبت فيه عقد بقبح أحواله ان ثبوت ذلك يوجب عليه العقوبة بالضرب والسجن الطويل حتى تظهر توبته وقال ابن رشد فى التعقيب انما تجب عليه العقوبة مع ان يدعى عليه بدعوى ﴿وهنا﴾ انتهى القول بنا فى هذا المجموع والحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيدنا ونبينا ومولانا محمد خاتم النبيين وامام المرسلين وقائد الغر المحجلين الى جنات النعيم وعلى آله وأصحابه الطيبين الطاهرين وأزواجه وذريته الى يوم الدين آمين والحمد لله رب العالمين

المهملة التى يصعب انقيادها ولا يعلم هل تسلم فى أخذها وتسليمها للمشترى أم لا * ومنه العقد على ما لا يجوز تملكه كالحر ولحم الميتة والخمر والخنزير والقرد والدم وغير ذلك مما يطول ذكره ﴿فرع﴾ ومن ذلك عقود الربا وعقود العينة وسلف جر منفعة وما أشبهه فكل هذه وما جرى مجراها يجب على الحاكم المنع منه ابتداء اذا علم به وفسخه اذا اطلع عليه مع تأديب من اعتاد تعاطى هذه العقود ﴿تنبيه﴾ قد تقدم ان وسيلة المحرم محرمة قال القرافى وقد تكون وسيلة المحرم غير محرمة اذا أفضت الى مصلحة راجحة كالتوسل الى فداء الاسرى بدفع المال الى العدو الذى هو محرم عليهم الانتفاع به لكونهم مخاطبين بفروع الشريعة عندنا وكذلك دفع مال لرجل يأكله مجانا حتى لا يزنى بامرأة اذا عجز عن ذلك الا به وكذلك دفع المال للمحارب حتى لا يقتتل هو وصاحب المال واشترط مالك رضى الله تعالى عنه فيه الاشارة والحمد لله وحده وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم وحسبنا الله ونعم الوكيل ولا حول ولا قوة الا بالله العلى العظيم

الحمد لله الذى أنزل كتابه تبصرة لذوى العقول وهدى به أهل الفضل والقبول والصلاة والسلام على أفضل من وضح الشريعة وبين الاحكام وعلى آله وأصحابه السادة الاعلام ﴿وبعد﴾ فقد تم طبع تبصرة الحكام فى أصول الاقضية ومناهج الاحكام محلى الهوامش بالعقد المنظم للحكام فيما يجرى بين أيديهم من العقود والاحكام وقد يسر البارى تسهيل طبعهما وتعطير الاكوان بنشر نفعهما فانهما جمعا من غرر الاحكام ما لا يوجد فى كبار الدواوين واحتويا من جواهر المعانى على كل عقد ثمين وكان ذلك بالمطبعة البهية المجاورة للقطب الدردير بمصر المحميه ادارة رب المهارة والوفا حضرة محمد افندى مصطفى وشريكه المتحلى بالعمل الادبى حضرة الشيخ أحمد الحلبى وتم سلك النظام وفاح مسك الختام فى أواسط شوال سنة ١٣٠٢ هجريه على صاحبها وآله أفضل الصلاة وأزكى التحيه ما كر الجديدان وتوالى الملوان

صورة الصفحة الأخيرة من كتاب «تبصرة الحكام»

تبصرة الحكام

فى

أصول الأقضية.. ومناهج الأحكام

للقاضى برهان الدين إبراهيم بن على بن أبى القاسم
ابن محمد بن فرحون المالكى المدنى
(٧١٩هـ - ٧٩٩هـ)

الجزء الأول

بسم الله الرحمن الرحيم

وبه نستعين

الحمد لله رب العالمين والعاقبة للمتقين، وأفضل الصلاة وأتم التسليم على سيدنا محمد خاتم النبيين وإمام المرسلين كلما ذكره الذاكرون وكلما غفل عن ذكره الغافلون، ورضى الله عن الصحابة أجمعين وعن التابعين لهم بإحسان إلى يوم الدين وسلم عليه وعليهم تسليمًا كثيرًا وحسبنا الله ونعم الوكيل ولا حول ولا قوة إلا بالله العلى العظيم.

أما بعد: فإن الله تعالى أكمل بنبيه محمد ﷺ دينه القويم وهدى به من شاء إلى الصراط المستقيم، وأسس شرعه المطهر على أحسن الطرائق وأحكم القواعد وشيده بالتقوى والعدل وجلب المصالح ودرء المفاسد، وأيده بالأدلة الموضحة للحق وأسبابه المرشدة إلى إيصال الحق لأربابه، وحماه بالسياسة الجارية على سنن الحق صوابه، ولذلك قال سبحانه وتعالى: ﴿**وَتَمَّتْ كَلِمَتُ رَبِّكَ صِدْقًا وَعَدْلاً لاَّ مُبَدِّلَ لِكَلِمَاتِهِ**﴾ [الأنعام: ١١٥] فالمراد بالكلمات القرآن العظيم الذى تمت دلائله وحججه وأوامره ونواهيه وأحكامه وبشارته ونذراته وأمثاله، وقال تعالى: ﴿**الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ**﴾ [المائدة: ٣].

ولما كان علم القضاء من أجل العلوم قدرًا وأعزها مكانًا وأشرفها ذكرًا لأنه مقام على ومنصب نبوى به الدماء تعصم وتسفح، والأبضاع تحرم وتنكح، والأموال يثبت ملكها ويسلب، والمعاملات يعلم ما يجوز منها ويحرم ويكره ويندب، وكانت طرق العلم به خفية المسارب مخوفة العواقب والحجاج التى يفصل بها الأحكام مهامه يحار فيها القطا ويقصر فيها الخطا، كان الاعتناء بتقرير أصوله وتحرير فصوله من أجل ما صرفت له العناية وحمدت عقباه فى البداية والنهاية. وقال مالك بن أنس رحمه الله: كان الرجال يقدمون إلى المدينة من البلاد ليسألوا عن علم القضاء وليس كغيره من العلوم، ولم يكن بهذه البلدة أعلم بالقضاء من أبى بكر بن عبد الرحمن، كان قاضيًا لعمر بن عبد العزيز، وكان قد أخذ شيئًا من

علم القضاء من أبان بن عثمان وأخذ ذلك أبان عن أبيه عثمان بن عفان -رضى الله عنهما.

ودليل قول مالك: إن علم القضاء ليس كغيره من العلوم؛ قوله تعالى: ﴿وَدَاوُدَ وَسُلَيْمَانَ إِذْ يَحْكُمَانِ فِي الْحَرْثِ إِذْ نَفَشَتْ فِيهِ غَنَمُ الْقَوْمِ وَكُنَّا لِحُكْمِهِمْ شَاهِدِينَ (٧٨) فَفَهَّمْنَاهَا سُلَيْمَانَ وَكُلاًّ آتَيْنَا حُكْمًا وَعِلْمًا﴾ [الأنبياء: ٧٨، ٧٩] فأثنى سبحانه وتعالى على داود باجتهاده فى الحكم، وأثنى على سليمان باجتهاده وفهمه وجه الصواب.

وروى عن الحسين -رضى الله عنه- فى قوله تعالى: ﴿وَآتَيْنَاهُ الْحِكْمَةَ وَفَصْلَ الْخِطَابِ﴾ [ص: ٢٠]؛ قال: هو علم القضاء، ولا غرابة فى امتياز علم القضاء عن فقه فروع المذهب، لأن علم القضاء يفتقر إلى معرفة أحكام تجرى مجرى المقدمات بين يدى العلم بأحكام الوقائع الجزئيات وغالب تلك المقدمات لم يجر لها فى دواوين الفقه ذكرًا ولا أحاط بها الفقيه خبرًا وعليها مدار الأحكام والجاهل بها يخبط خبط عشواء فى الظلام، ولذلك قال أبو الأصبغ بن سهل: لولا حضورى مجلس الشورى مع الحكام ما دريت ما أقول فى أول مجلس شاورنى فيه الأمير سليمان بن أسود، وأنا يومئذ أحفظ «المدونة» و«المستخرجة» الحفظ المتقن.

ومن تفقد هذا المعنى من نفسه ممن جعله الله إمامًا يلجأ إليه ويعول الناس فى مسائلهم عليه وجد ذلك حقًا وألفاه ظاهرًا وصدقًا.

ولذلك ألف أصحابنا -رحمهم الله- كتب الوثائق وذكروا فيها أصول هذا العلم لكن على وجه الاقتصار والإيجاز، ولم أقف على تأليف اعتنى فيه باستيعاب الكشف عن غوامضه ودقائقه وتمهيد أصوله وبيان حقائقه فرأيت نظم مهماته فى سلك واحد مما تمس الحاجة إليه وتتم الفائدة بالوقوف عليه، وجردته عن كثير من أبواب الفقه إلا مالا ينبغى تركه لتعلقه بأبواب هذا الكتاب، إيثارًا للاقتصار واستغناءً بما ألفوه فى ذلك لأن الغرض بهذا التأليف ذكر قواعد هذا العلم وبيان ما تفصل به الأقضية من الحجاج، وأحكام السياسة الشرعية وبيان مواقعها وما وقع فيه من تكرار المسائل، فإنما ذلك لمناسبة ذكر ذلك فى المجلس وعدم الاستغناء بأحدهما عن الآخر، وسميته...

تبصرة الحكام
فى أصول الأقضية ومناهج الأحكام

ورتبته على ثلاث أقسام:

القسم الأول: فى مقدمات هذا العلم التى تنبنى عليها الأحكام.

القسم الثانى: فيما تفصل به الأقضية من البيانات وما يقوم مقامها.

القسم الثالث: فى أحكام السياسة الشرعية:

القسم الأول: يشتمل على أبواب:

الأول: فى بيان حقيقة القضاء ومعناه وحكمه وحكمته.

الباب الثانى: فى فضل ولاية القضاء والترغيب فى القيام فيها بالعدل وحكم السعى فى طلب القضاء وما يجب من ذلك ويباح ويستحب ويكره ويحرم.

الباب الثالث: فيما يستفاد بولاية القضاء من النظر فى الأحكام وما ليس له النظر وذكر مراتب الولايات.

الباب الرابع: فى الألفاظ التى تنعقد بها الولايات والشروط المفسدة لها.

الباب الخامس: فى أركان القضاء وهى ستة: القاضى والمقضى به والمقضى له، والمقضى فيه، والمقضى عليه، وكيفية القضاء.

الركن الأول: يشتمل على ثمانية فصول: الأول فى شروط صحة الولاية وما يوجب العزل وما هو شرط الكمال. الثانى: فى الأحكام اللازمة للقاضى فى خاصة نفسه. الثالث: فيما يتعلق بمسكنه ومجلسه وما يتصل به. الرابع: فى سيرته فى الأحكام. والخامس: فيما يبتدى بالنظر فيه. السادس: فى سيرته مع الخصوم. السابع: فى استخلاف القاضى. الثامن: فى التحكيم.

الركن الثانى: المقضى به، وفيه بيان حكم القاضى المقلد، وما يتعين فى حقه أن يحكم به من الأقوال والروايات، وبيان ما ينقض فيه حكم الحاكم ونقض القاضى

أحكام نفسه ونقضه أحكام غيره، وبيان مالا ينفذ من أحكام القاضى، وبيان مالا يعتبر من أفعاله إذا عزل أو مات، وحكم التكييف من القضاء وجمع السلطان الفقهاء للنظر فى حكم القاضى، والنظر فى قيام المحكوم عليه يريد فسخ الحكم عنه.

الركن الثالث: المقضى له.

الركن الرابع: المقضى عليه فيه، وفيه ذكر الأحكام التى ينظر فيها القاضى وما ليس له النظر فيه، وحكم الشىء المدعى فيه يكون فى غير بلد الدعوى.

الركن الخامس: المقضى عليه وفيه أنواع المقضى عليهم والحكم على الغائب.

الركن السادس: فى كيفية القضاء ويشتمل على سبعة أقسام: القسم الأول فى معرفة تصرفات الحكام وفيه فصول: أولها: فى تقرير الحكام على الوقائع وما هو منها حكم وما ليس بحكم، وثانيها: فى بيان الفرق بين تصرفات الحكام التى هى حكم لا يجوز تعقبها والتى ليست بحكم ويجوز تعقبها، وثالثها: فى بيان المواضع التى تفتقر إلى حكم الحاكم وما لا تفتقر وما اختلف فيه، وبيان أبواب الفقه التى يدخلها الحكم استقلالاً أو تضمنًا. ورابعها: الفرق بين ألفاظ الحكم التى جرت بها عادة الحكام فى التسجيلات فى قولهم: «ليسجل بثبوته»، والحكم بصحته، وقولهم: «ليسجل بثبوته وصحته»، وقولهم: «ليسجل بثبوته والحكم بموجبه» وبيان الفروق التى بين الحكم بالصحة والحكم بالموجب، وبيان ما يجتمع فيه الحكم بالصحة والحكم بالموجب، وقولهم: «ليسجل بثبوته والحكم بمضمونه»، وقولهم: «ليسجل بالحكم بثبوته»، وقول الحاكم: «يثبت عندى قيام لبينة بكذا وكذا»، أو «ثبت عندى الاقرار»، وقولهم: «ليسجل بثبوته والحكم بما قامت به البينة»، وقولهم: «ليسجل بالحكم بما ثبت عنده»، وقولهم: «ليسجل بثبوته والحكم به»، وبيان ما يدل بالحكم بما يدل عليه اختلاف هذه التسجيلات. وخامسها: الفرق بين الثبوت والحكم، وسادسها: فى معنى تنفيذ القاضى حكم نفسه وتنفيذ حكم غيره وما يمتنع تنفيذه، وسابعها: فيما يدل على الحكم من قول أو فعل، وبيان انقسام الحكم إلى كونه تارة يكون خبرًا يحتمل الصدق وتارة لا يحتمل ذلك، وثامنها:

فى ذكـر تنبيـهات فى التـسجـيل وما ينبـغى للقاضى أن يمتنع من التـسجـيل به، والإشهاد على نفسه فيه، وما ينبغى أن ينبه عليه فى الأسجال، وتاسعها: فى ذكر الحكم المعلق على شرط صدق المدعى.

القسم الثانى: فى بيان المدعى من المدعى عليه.

القسم الثالث: فى ذكر الدعاوى وأقسامها وفيه فصول.

الأول: فى الدعوى الصحيحة وشروطها وكيفية تصحيح الدعوى.

الفصل الثانى: فى تقسيم الدعاوى إلى ثمانية أنواع.

القسم الثالث: فى تقسيم المدعى عليهم إلى أربعة أنواع.

الفصل الرابع: فى تقسيـم المدعى لهم وما يسمع من بيناتهم وما لا يسـمع منها وهم ستة أنواع.

الفصل الخامس: فى التنبيـه على أحكام يتوقف سماع الدعوى بـها على اثبات فصول.

الفصل السادس: فى ذكر اليمين وصفـتها وزمانها ومكانها والتغليظ فـيها وبيان القـدر الذى تجب به اليمين فـى مقطع الحكم، وحكم الـنكول عن اليمين، وبيـان حكم اليمـين المردودة، وجمع الدعاوى فى يمين واحـد، وما لا بد فـيه من يمين، وبيان الدعاوى التى لا تجب بسببها يمين، وبيان حكام الخلطة، وما تجب فيه اليمين بغير خلطة، وذكر فصول وأحكام لا يسع جهلها.

القسم السابع: فى ذكر البينات وفيه فصول.

الأول: فى التعريف بحقيقة البينة وموضوعها شرعًا.

الفصل الثانى: في أقسام مستند علم الشاهد.

الفصل الثالث: في حد الشهادة وحكمها وحكمتها وما تجب فيه.

الفصل الرابع: فى مراتب الشهود فى الشهادات وهى إحدى عشرة مرتبة.

الفصل الخامس: فى صفات الحقوق ومراتب الشهادات.

الفصل السادس: فى صفات الشاهد وذكر موانع قبول الشهادة وما يشترط فيه التبريز فى العدالة.

الفصل السابع: فيما ينبغى للشهود أن ينتبهوا له فى تحمل الشهادة وأدائها، ويحترزوا من الوقوع فيه، والأحكام المتعلقة بكاتب الوثائق.

الفصل الثامن: فيما ينبغى للقاضى أن يتنبه له فى أداء الشهادة عنده، وفى الإشهاد عليه فى التسجيلات.

الفصل التاسع: فيما يحدثه الشاهد بعد شهادته وتبطل.

الفصل العاشر: فى صفة أداء الشهادة، وما يجزىء فى ذلك وما لا يجزىء من الألفاظ، وبتمام هذه الفصول انتهى القسم الأول من الكتاب وهو قسم المقدمات.

القسم الثانى: من الكتاب فى ذكر أنواع البينات وما يقوم مقامها مما تفصل به الأحكام، وفيه سبعون بابًا.

الباب الأول: فى القضاء بأربعة شهود.

الباب الثانى: فى القضاء بشاهدين لا يجزىء غيرهما.

الباب الثالث: فى القضاء بشاهدين أو بشاهد وامرأتين أو بشاهد ويمين أو بامرأتين ويمين.

الباب الرابع: فى القضاء بشاهد أو بامرأتين ونكول المدعى عليه عن اليمين الرافعة للدعوى، أو اليمين المردودة، وحكم نكول المدعى عن اليمين المصححة للدعوى.

الباب الخامس: فى القضاء بالبينة مع يمين القضاء، وتسمى يمين الاستبراء.

الباب السادس: فى القضاء: بتبدئة المدعى عليه باليمين وتأخير يمين المدعى له من صغير حتى يبلغ، أو غائب حتى يقدم، وحكم يمين المولى عليه.

الباب السابع: فى القضاء بشاهد المولى عليه مع يمين وليه.

الباب الثامن: فى القضاء بشاهد العبد ويمين سيده.

وبتمام ذلك تمت أبواب الكتاب وفصوله.

القسم الأول

من الكتاب فى مقدمات هذا العلم وفيه أبواب

الباب الأول

فى بيان القضاء ومعناه وحكمه وحكمته

قال ابن رشيد: حقيقة القضاء الإخبار عن حكم شرعى على سبيل الإلزام. قال غيره: ومعنى قولهم: «قضى القاضى»؛ أى: ألزم الحق أهله، والدليل على ذلك قوله تعالى: ﴿فَلَمَّا قَضَيْنَا عَلَيْهِ الْمَوْتَ﴾ [سبأ: ١٤]؛ أى: ألزمناه وحتمنا به عليه، وقوله تعالى ﴿فاقض ما أنت قاض﴾ أى: ألزم بما شئت واصنع ما بدا لك، وفى «المدخل» لابن طلحه الأندلسى: القضاء معناه الدخول بين الخالق والخلق ليؤدى فيهم أوامره وأحكامه بواسطة الكتاب والسنة.

قال القرافى: حقيقة الحكم إنشاء إلزام أو إطلاق، والإلزام كما إذا حكم بلزوم الصداق أو النفقة أو الشفعة ونحو ذلك، فالحكم بالإلزام هو الحكم، وأما الإلزام الحسى من الترسيم والحبس فليس بحكم، لأن الحاكم قد يعجز عن ذلك، وقد يكون الحكم أيضًا بعدم الإلزام وذلك إذا كان ما حكم به هو عدم الإلزام وأن الواقعة يتعين فيها الإباحة وعدم الحجر، وأما الحكم بالإطلاق فكما إذا رفعت للحاكم أرضًا زال الإحياء عنها فحكم بزوال الملك فإنها تبقى مباحة لكل أحد، وكذلك إذا حكم بأن أرض العنوة طلق ليست وقفًا، على ما قاله مالك ومن تابعه والحاكم شافعى يرى الطلق دون الوقف، وأنها تبقى مباحة، وكذلك الصيد والنحل والحمام البرى إذا حيز فحكم الحاكم بزوال ملك الحائز الأول صار ملكًا للحائز الثانى فهذه الصور وما أشبهها كلها إطلاقات وإن كان يلزمها إلزام المالك عدم الاختصاص، لكن هذا بطريق اللزوم، والكلام إنما هو فى المقصود الأول بالذات لا فى اللزوم، كما أن المقصود الأول من الأمر الوجوب وإن كان يلزمه النهى عن الضد وتحريمه، فالكلام فى الحقائق إنما يقع فيما هو فى المرتبة الأولى لا فيما بعدها.

قال غيره: والحكم فى مادته المنع، ومنه: حكمت للسفيه إذا أخذت على يده ومنعته من التصرف، ومنه سمى الحاكم حاكمًا لمنعه الظالم من ظلمه، ومعنى قولهم: «حكم الحاكم»؛ أى: وضع الحق فى أهله ومنع من ليس له بأهل. وبذلك سميت الحكمة التى فى لجام الفرس لأنها ترد الفرس عن المعاطب، والعرب تقول: حكم وأحكم بمعنى منع، والحكم فى اللغة: القضاء أيضًا فحقيقتهما متقاربة.

(وأما حكمه) فهو فرض كفاية، ولا خلاف بين الأئمة أن القيام بالقضاء واجب، ولا يتعين على أحد إلا أن لا يوجد منه عوض، وقد اجتمعت فيه شرائط القضاء فيجبر عليه.

قال عيسى عن ابن أبى القاسم قيل لمالك: هل يجبر الرجل على ولاية القضاء؟ قال: لا إلا أن لا يوجد منه عوض فيجبر عليه، قيل له: أيجبر بالضرب والحبس؟ قال: نعم، ونحوه فى «كتاب ابن شعبان»، وأما حكمته: فرفع التهارج، ورد النوائب، وقمع الظالم، ونصر المظلوم، وقطع الخصومات، والأمر بالمعروف والنهى عن المنكر؛ قاله ابن راشد وغيره.

*****

الباب الثانى

فى فضل القضاء والترغيب فى القيام فيه بالعدل وبيان محل التحذير منه وحكم السعى فيه

اعلم أن أكثر المؤلفين من أصحابنا وغيرهم بالغوا فى الترهيب والتحذير من الدخول فى ولاية القضاء، وشددوا فى كراهية السعى فيها، ورغبوا فى الإعراض عنها والنفور والهرب منها، حتى تقرر فى أذهان كثير من الفقهاء والصلحاء أن من ولى القضاء فقد سهل عليه دينه وألقى بيده إلى التهلكة، ورغب عما هو الأفضل، وساء اعتقادهم فيه، وهذا غلط فاحش يجب الرجوع عنه والتوبة منه، والواجب تعظيم هذا المنصب الشريف ومعرفة مكانته من الدين، فبه بعثت الرسل وبالقيام به قامت السموات والأرض، وجعله النبى ﷺ من النعم التى يباح الحسد عليها، فقد جاء من حديث ابن مسعود عن النبى ﷺ أنه قال: «**لا حسد إلا فى اثنتين رجل آتاه الله مالا فسلطه على هلكته فى الحق، ورجل أتاه الله الحكمة فهو يقضى بها ويعمل بها**».
وجاء حديث عائشة - رضى الله عنها: أنه ﷺ قال: «**هل تدرون من السابقون إلى ظل الله يوم القيامة؟**» قالوا: الله ورسوله أعلم، قال: «**الذين إذا أعطوا الحق قبلوه وإذا سئلوه بذلوه، وإذا حكموا للمسلمين حكموا كحكمهم لأنفسهم**» وفى الحديث الصحيح: «**سبعة يظلهم الله تحت ظل عرشه**» الحديث، فبدأ بالإمام العادل، وقال ﷺ: «**المقسطون على منابر من نور يوم القيامة على يمين الرحمن وكلتا يديه يمين**» وقال عبد الله بن مسعود -رضى الله عنه: لأن أقضى يومًا بالحق أحب إلى من عبادة سبعين عامًا، ومراده أنه إذا قضى يومًا بالحق كان أفضل من عبادة سبعين سنة فلذلك كان العدل بين الناس من أفضل أعمال البر وأعلى درجات الأجر. قال الله تعالى: ﴿**وَإِنْ حَكَمْتَ فَاحْكُم بَيْنَهُم بِالْقِسْطِ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ**﴾ [المائدة: ٤٢] فأى شرف أشرف من محبة الله تعالى؟!

واعلم أن كل ما جاء من الأحاديث التى فيها تخويف ووعيد فإنما هى فى قضاة الجور العلماء أو الجهال الذين يدخلون أنفسهم فى هذا المنصب بغير علم، ففى

هذين الصنفين جاء الوعيد، وأما قوله ﷺ: **«من ولى القضاء فقد ذُبحَ بغير سكين»** فقد أورده أكثر الناس فى معرض التحذير من القضاء، وقال بعض أهل العلم: هذا الحديث دليل على شرف القضاء وعظيم منزلته، وأن المتولى له مجاهد لنفسه وهواه وهو دليل على فضيلة من قضى بالحق إذ جعله ذبيح الحق، امتحانًا لتعظم له المثوبة امتنانًا، فالقاضى لما استسلم لحكم الله وصبر على مخالفة الأقارب والأباعد فى خصوماتها فلم تأخذه فى الله تعالى لومة لائم حتى قادهم إلى مر الحق وكلمة العدل وكفهم عن دواعى الهوى والعناد، جعل ذبيح الحق لله، وبلغ به حال الشهداء الذين لهم الجنة.

وقد ولى رسول الله ﷺ على بن أبى طالب ومعاذ بن جبل ومعقل بن يسار - رضى الله عنهم- القضاء فنعم الذابح ونعم المذبوح فالتحذير الوارد من الشرع إنما هو عن الظلم لا عن القضاء، فإن الجور فى الأحكام واتباع الهوى فيه من أعظم الذنوب وأكبر الكبائر، قال الله تعالى: ﴿**وَأَمَّا الْقَاسِطُونَ فَكَانُوا لِجَهَنَّمَ حَطَبًا**﴾ [الجن: ١٥] وقال ﷺ: **«إن أعتى الناس على الله وأبغض الناس إلى الله وأبعد الناس من الله رجل ولاه الله من أمر أمة محمد شيئًا ثم لم يعدل بينهم»**، وأما قوله ﷺ: **«القضاة ثلاثة قاضيان فى النار وقاض فى الجنة قاض عمل بالحق فى قضائه فهو فى الجنة، وقاض علم الحق فخان متعمدًا فذلك فى النار، وقاض قضى بغير علم واستحيا أن يقول إنى لا أعلم فهو فى النار»** أن ذلك فى الجائر العالم، والجاهل الذى لم يؤذن له فى الدخول فى القضاء وأما من اجتهد فى الحق على علم فأخطأ فقد قال عليه الصلاة والسلام: **«إذا اجتهد الحاكم فأصاب فله أجران وإن أخطأ فله أجر»** وبمثل ذلك نطق الكتاب العزيز فى قوله تعالى: ﴿**وَدَاوُدَ وَسُلَيْمَانَ إِذْ يَحْكُمَانِ فِي الْحَرْثِ إِذْ نَفَشَتْ فِيهِ غَنَمُ الْقَوْمِ وَكُنَّا لِحُكْمِهِمْ شَاهِدِينَ (٧٨) فَفَهَّمْنَاهَا سُلَيْمَانَ وَكُلًّا آتَيْنَا حُكْمًا وَعِلْمًا**﴾ [الأنبياء: ٧٨، ٧٩] فأثنى على داود باجتهاده وأثنى على سليمان بإصابته وجه الحكم، وقد قال تعالى: ﴿**وَالَّذِينَ جَاهَدُوا فِينَا لَنَهْدِيَنَّهُمْ سُبُلَنَا وَإِنَّ اللَّهَ لَمَعَ الْمُحْسِنِينَ**﴾ [العنكبوت: ٦٩].

فيجب على من دخل فى خطة القضاء بذل الجهد فى القيام بالحق والعدل، فقد

قال بعض أئمة المذهب: القضاء محنة، ومن دخل فيه فقد ابتلى بعظيم لأنه عرض نفسه للهلاك، إذ التخلص منه على من ابتلى به عسير، ولذلك قال ﷺ: **«من ولى القضاء فقد ذبح بغير سكين»**. قال ابن شاس: وفى رواية ابن أبى ذئب: **«فقد ذبح بالسكين»** وقال أبو قلابة: مثل القاضى العالم كالسابح فى البحر فكم عسى أن يسبح حتى يغرق، قال بعض الأئمة: وشعار المتقين البعد عن هذا والهرب منه، وقد ركب جماعة ممن يقتدى بهم من الأئمة المشاق فى التباعد عن هذا، وصبروا على الأذى فى الامتناع منه، وقد هرب أبو قلادة إلى مصر لما طلب للقضاء فلقيه أيوب فأشار عليه بالترغيب فيه، وقال له: لو ثبت لنلت أجرًا عظيمًا، فقال له أبو قلابة: الغريق فى البحر إلى متى يسبح؟ وما ولى سحنون القضاء حتى تخوف على نفسه، ورأى أنه تعين عليه، فكلام أبى قلابة هذا ومن تقدمه وما أشبه ذلك من التهديد والتخويف، إنما هو فى حق من علم من نفسه الضعف وعدم الاستقلال بما يجب عليه، وكذلك من رأى نفسه أهلاً لذلك المنصب والناس لا يرونه أهلا لذلك، وقد قال مالك - رحمه الله: لا خير فيمن يرى نفسه أهلاً لشيء لا يراه الناس له أهلاً، والمراد بالناس العلماء، فهروب من كان بهذه الصفة واجب وطلبه سلامة نفسه أمر لازم.

واعلم أن طلب القضاء والحرص عليه حسرة وندامة فى عرصات يوم القيامة، روى عن النبى ﷺ أنه قال: **«ستحرصون على الإمارة وتكون حسرة وندامة يوم القيامة فنعمت المرضعة وبئست الفاطمة»** فمن طلب القضاء وأراده وحرص عليه وكل إليه وخيف عليه فيه الهلاك ومن لم يسأله وامتحن به وهو كاره له خائف على نفسه فيه أعانه الله عليه. روى عن النبى ﷺ أنه قال: **«من طلب القضاء واستعان عليه وكل إليه، ومن لم يطلبه ولا استعان عليه أنزل الله ملكًا يسدده»**، وقال ﷺ: **«يا عبد الرحمن لا تسأل الإمارة فإنك إن تؤتها من غير مسألة تعن عليها وإن تؤتها عن مسألة توكل إليها»**، وقد استثنى بعض أصحابنا من ذلك صورًا يأتى ذكرها.

أما تحصيل القضاء بالرشوة فهو أشد كراهة. وقال أبو العباس من تلامذة ابن سريج الشافعى فى كتابه «أدب القضاء»: من تقبل القضاء بقبالة وأعطى عليه رشوة

فولايتـه باطلة وقضاؤه مـردود، وإن كان قد حكم بحق، قـال: وإن أعطى رشوة على عـزل قاضٍ ليـولى مكانه فكذلك أيضًـا، وإن أعطاها على عـزله دون ولاية فعزل الأول برشوة ثم استقضى هو مكانه بغير رشوة نظر فى المعزول فإن كان عدلاً فإعطاء الرشـوة على عزله حرام والمعزول باق على ولايتـه، إلا أن يكون من عزله قـد تاب برد الرشوة قـبل عـزله، وقضـاء المستـخلف أيضًـا باطل، إلا أن يكون المستـخلف أيضًا قد تاب قـبل الولاية فيصحّ قـضاؤه، فإن كان المعـزول جائرًا لم يبطل قضـاء المستخلف قـال المؤلف أبو العباس: قلت: هذا تخـريج على مذهب الشافعى والحنفى -رحمهما الله- انتهى.

قال أصـحابنا: فيجـب أن لا يولى القضاء من أراده وطلبـه وإن اجتمعت فـيه شروط القضاء مخافة أن يوكل إلـيه فلا يقوم به، وقد قال رسول الله ﷺ: «**إنا لا نستـعمل على عـملنا هذا من أراده**»، ونظر عمـر بن الخطاب -رضى الله عنه- إلى شاب فى وفد قدموا عليه فأعجبه حاله فإذا هو يسأل القضاء، فقال له عمر -رضى الله عنه: إن الأمر لا يقوى عليه من يحبه.

قال ابن شاس: ولا ينبـغى أن يقدم على ولاية القضاء إلا من وثق بـنفسه وتعين لذلك أو أجبره الإمـام العدل على ذلك، فللإمام العدل إجباره إن كـان صالحًا، وله هو أن يهرب ويمتنع، إلا أن يعلم أنه تعين عليه فيـجب عليه القبول، وذلك إذا تحقق أنه ليس فى تلك الناحية من يصلح للقضاء سـواه، فلا يجوز له حينئذ الامتناع، بل يجب عليه السعى فى طلبه وتحصيله لتعين القيام بهذا الفرض عليه، ويدل على ذلك قولـه تعالى حكاية عن يوسف صلوات الله علـيه: ﴿**اجْعَلْنِي عَلَىٰ خَزَائِنِ الْأَرْضِ إِنِّي حَفِيظٌ عَلِيمٌ**﴾ [يوسف: ٥٥] فإنه كان بين قوم كفار فـأراد استصلاحهم ودعاءهم إلى الله تعالى بالسعى فى هذه الولاية دون غيرها لأن المتولى لأرزاق العباد تذل له الرقاب وتخضع له الجـبابرة ولا يستـغنى أحد عن بابه، فلهذا طلب هذه المرتبـة دون الإمارة والوزارة وغير ذلك من الولايات، ولا يقال إنه طلب ذلك ليـتوصل به إلى الاجتماع بأخيه، فإن منزلته أشرف من هذا وأكمل، وإن كـان هذا الغرض حاصلاً فعلى سبيل التبعـية لأنه من لوازم هذه الولاية أعنى أن إخواته لابد لهم من الميـرة وطلب القوت من عنده - صلوات الله وسلامه على نبينا وعليه وعلى جميع الأنبياء والمرسلين.

أقسام طلب القضاء:

فصل: وطلب القضاء ينقسم إلى أقسام: واجب، ومباح، ومتسحب، ومكروه، وحرام.

فالوجه الأول: إذا كان من أهل الاجتهاد أو من أهل العلم والعدالة ولا يكون هناك قاض، أو يكون ولكن لا تحل ولايته، أو ليس فى البلد من يصلح للقضاء غيره، أو لكونه إن لم يل القضاء وليه من لا تحل ولايته وكذلك إن كان القضاء بيد من لا يحل بقاؤه عليه ولا سبيل إلى عزله إلا بتصدى هذا إلى الولاية، فيتعين عليه التصدى لذلك والسعى فيه، إذا قصد بطلبه حفظ الحقوق وجريان الأحكام على وفق الشرع، لأن فى تحصيله القيام بفرض الكفاية.

الوجه الثانى: أن يكون فقيرًا وله عيال فيجوز له السعى فى تحصيله لسد خلته، وكذلك إن كان يقصد به دفع ضرر عن نفسه فيباح له أيضًا، والوجه الأول: نقله المازرى، ونقل الثانى: فى الوجه المستحب.

الوجه الثالث: إذا كان هناك عالم خفى علمه عن الناس فأراد الإمام أن يشهره بولاية القضاء ليعلم الجاهل ويفتى المسترشد أو كان هناك خامل الذكر لا يعرفه الإمام ولا الناس فأراد السعى فى القضاء ليعرف موضع علمه، فيستحب له تحصيل ذلك والدخول فيه بهذه النية، قال المازرى: وقد يستحب لمن يتعين عليه ولكنه يرى أنه أنهض به وأنفع للمسلمين من آخر تولاه وهو ممن يستحق التولية ولكنه مقصر عن هذا.

الوجه الرابع: أن يكون سعيه فى طلب القضاء لتحصيل الجاه والاستعلاء على الناس فهذا يكره له السعى. ولو قيل: إنه يحرم كان وجهه ظاهرا، لقوله تعالى: ﴿ تِلْكَ الدَّارُ الآخِرَةُ نَجْعَلُهَا لِلَّذِينَ لا يُرِيدُونَ عُلُوًّا فِي الأَرْضِ وَلا فَسَادًا وَالْعَاقِبَةُ لِلْمُتَّقِينَ ﴾ [القصص: ٨٣]، ويكره أيضا إذا كان غنيا عن أخذ الرزق على القضاء وكان مشهورا لا يحتاج أن يشهر نفسه وعلمه بالقضاء، ويحتمل أن يلحق هذا بقسم المباح.

الوجه الخامس: أن يسعى فى طلب القضاء وهو جاهل ليس له أهلية القضاء، أو يسعى فيه وهو من أهل العلم لكنه متلبس بما يوجب فسقه، أو كان قصده بالولاية الانتقام من أعدائه أو قبول الرشا من الخصوم وما أشبه ذلك من المقاصد، فهذا يحرم عليه السعى فى القضاء.

الباب الثالث

فى ولاية القضاء وما يستفاد بها من النظر فى الأحكام وما ليس للقاضى النظر فيه ومراتب الولايات التى تقيد أهلية القضاء أو شيئا منه

أما ولاية القضاء فقال الفراء: هذه الولاية متناولة للحكم لا يندرج فيها غيره، وقال أيضا فى موضع آخر: وليس للقاضى السياسة العامة لاسيما الحاكم الذى لا قدرة له على التنفيذ، كالحاكم الضعيف الفكرة على الملوك الجبابرة فهو ينشئ الإلزام على الملك العظيم ولا يخطر له تنفيذه لتعذر ذلك عليه، بل الحاكم من حيث هو حاكم ليس له إلا الإنشاء، وأما قوة التنفيذ فأمر زائد على كونه حاكما فقد يفوض إليه التنفيذ وقد لا يندرج فى ولايته، وليس له قسمة الغنائم وتفريق أموال بيت المال على المصالح وإقامة الحدود وترتيب الجيوش وقتال البغاة وتوزيع الإقطاعات وإقطاع المعادن ونحو ذلك، فلا يجوز لأحد الإقدام عليه إلا بإذن إمام الوقت الحاضر؛ انتهى.

واعلم أن ما ذكره من أن القاضى لا يقيم الحدود فيه نظر، والمنقول فى المذهب أن له إقامة الحدود، وقد قال ابن عبد السلام فى قول ابن الحاجب: ولا يقيم الحدود إلا الحاكم، قال: هذا هو الأصل أنه للخلفاء وللقضاة، والقتل لا يكون لكل القضاة، وبالجملة فإن إقامة الحدود لا تكون لكل أحد بل ولا لكل وال لما تؤدى إليه المسارعة إلى إقامة الحدود من غيرهم من الفتنة والتهارج، وروى عن عمر -رضى الله عنه- أنه نهى الولاة عن القتل إلا بإذنه، وأيضا فإنه يلزم على إقامة الحدود أحكام من فسق الحدود وغير ذلك، فيجب التحوط لها بقصرها على بعض الولاة، وأما ما ذكره من أن السياسة ليس له فيها مدخل فليس على إطلاقه، وقد قال ابن سهيل فى أول كتابه: إن خطة القضاء أعظم الخطط قدرا وأنها إليها المرجع فى الجليل والحقير بلا تحديد، وأن على القاضى مدار الأحكام وإليه النظر فى جميع وجوه القضاء من القليل والكثير، وأنه يختص بالنظر فى الجراحات

والتدميات، وأن القاضى يباشر كل الأمور إلا أمورا خاصة، ذكر ابن سهيل بعضها واستوفاها ابن الأمين القرطبى فى تأليفه فقال: وللقاضى النظر فى جميع الأشياء إلا فى قبض الخراج، واختلف هل قبض أموال الصدقات وصرفها فى مستحقيها إذا لم يحضر الناظر فقبل ذلك له، وقيل: لا، وهذا مستوفى فى الركن الرابع فى المقضى فيه فانظره، وسيأتى فى أول القسم الثالث ما يدل على أنه للنظر فى كثير من السياسات الشرعية.

واعلم أن الذى ينبغى أن يعول عليه فى ذلك العرف.

وقد قال الإمام العلامة شمس الدين محمد بن قيم الجوزية الحنبلى: اعلم أن عموم الولايات وخصوصها وما يستفيده المتولى بالولاية يتلقى من الألفاظ والأحوال والعرف، وليس لذلك حد فى الشرع فقد يدخل فى ولاية القضاء فى بعض الأمكنة وفى بعض الأزمنة ما يدخل فى ولاية الحرب، وقد تكون فى بعض الأمكنة والأزمنة على الأحكام الشرعية فقط، فيستفاد من ولاية القضاء فى كل قطر ما جرت به العادة واقتضاء العرف، وهذا هو التحقيق فى هذه المسألة، والله سبحانه وتعالى أعلم.

وقد جمع للقاضى أبى العباسى عبد الله بن أحمد بن طالب قاضى إفريقية النظر فى القضاء وفى الولاية من الجباية والحدود والقصاص والعزل والولاية.

فصل: نواب القضاة

أما نواب القضاة فى عمل من أعمالهم أو مطلقا فقال القرافى: هم مساوون القضاة الأصول من غير زيادة ولا نقصان، ولا فرق إلا فى كثرة العمل بالنسبة إلى كثرة الأقطار وقلتها، وأن الأصل له أن يعزل الفرع بخلاف العكس، وهذا فرق لا يزيد فى معنى الولاية؛ انتهى.

وهذا الذى قاله إن كان فى النائب المستخلف بإذن الإمام فمسلم، وإلا فالمنقول فى كتب المذهب خلاف ذلك، ففى «وثائق ابن العطار» و«معين الحكام» و«المذهب» لابن راشد وغير ذلك: أن القاضى إذا استحلف بإذن الإمام فللمستخلف التسجيل، وإلا فيرفع إلى القاضى ما ثبت عنده ويخبره به بمحضر

عدلين يثبت بهما عنده أخباره، وحينئذ يلزم القاضى أن يمضى فعله، ويسجل به للمحكوم له. قال ابن العطار: ولا يسجل مستخلف القاضى بما ثبت عنده فإن فعل لم يجز تسجيله ويبطل ولا يقوم للقائم به حجة إلا أن يجيزه القاضى الذى استخلفه قبل أن يعزل أو يموت، وهذا يدل على أن القاضى إذا أذن لمستخلفه فى التسجيل جاز، وهو خلاف ما فى «معين الحكام» وغيره وفى «المتيطية»: إن للقاضى أن يبيح لمن قدمه النظر فى أموال الأيتام والغائب والتسجيل فى سائر الحكومات، وله أن يحظر عليهم ذلك فيفعل من ذلك ما رآه باجتهاده، فينبغى أن يحمل كلام القرافى على أنه إذن لنائبه فى جميع ما تقلده عن الإمام.

فصل: ولاية الحسبة

وأما ولاية الحسبة فهى تقصر عن القضاء فى إنشاء كل الأحكام بل له أن يحكم فى الرواشن الخارجية بين الدور، وبناء المصاطب فى الطرق، لأن ذلك مما يتعلق بالحسبة، وليس له إنشاء الأحكام ولا تنفيذها فى عقود الأنكحة والمعاملات، وفى «أحكام ابن سهل»: وليس للمحتسب أن يحكم فى عيوب الدور وشبهها إلا أن يجعل ذلك له فى ولايته ويزيد المحتسب على القاضى بكونه يتعرض للفحص عن المنكرات، وإن لم تنه إليه، وأما القاضى فلا يحكم إلا فيما رفع إليه وموضع الحسبة الرهبة وموضع القضاء النصفة.

فصل

وأما الولاية الجزئية المستفادة من القضاء كمتولى العقود والنسوخ فى الأنكحة فقط، والمتولى للنظر فيما يتعلق بالأيتام فقط، فيفوض إليه فى ذلك النقض والإبرام على ما يراه من الأوضاع الشرعية، فهذه الولاية شعبة من ولاية القضاء فينفذ حكمه فيما فوض إليه، ولا ينفذ له حكم فيما عدا ذلك.

فصل: وأما ولاية التحكيم بين الخصمين فهى ولاية مستفادة من آحاد الناس، وهى شعبة من القضاء متعلقة بالأموال دون الحدود، واللعان والقصاص، كما هو مشروح فى الفصل الثامن من الركن الأول.

فصل: وأما ولاية السعاة وجباة الصدقة فلهم إنشاء الحكم فى الأموال الزكوية خاصة فإن حكموا فى غير ذلك لم ينفذ لعدم الولاية.

فصل: وأما ولاية الحرص فليس لمتوليها إنشاء حكم وليس له غير حزر مقادير الثمار، وكم يكون مقدارها إذا يبست، وفعله فى ذلك بمنزلة الحكم لذلك اختلفوا لو تبين خطؤها هل يرجع إلى ما تبين أو هو حكم مضى، قولان.

فصل: وأما ولاية الحكمين فهى شعبة من القضاء فى قضية خاصة ينفذ حكمهما فيما فوض إليهما من أمر الزوجين على ما هو مبسوط فى محله ولا ينفذ حكمهما فى غير ذلك.

فصل: وأما حكم الحكمين فى جزاء الصيد فهى ولاية مستفادة من آحاد الناس ينفذ حكمهما مع اتفاقهما فيما يتعلق بالجزاء فقط.

فصل: وأما الولاية على صرف النفقات والقروض المقدرة لمستحقيها وإيصال الزكاة لأصنافها وقسمة الغنائم وإيصال مال الغائبين إليهم ونحو ذلك مما فيه تنفيذ فقط، فأهلها كالقضاة فى التنفيذ لا فى الإنشاء.

فصل: وأما ولاية القاسم الذى يقيمه القاضى والكاتب والترجمان والمقوم ونحو ذلك؛ فهؤلاء ليس لهم أن ينشئوا حكما ولا أن ينفذوا شيئا.

وأما الولايات التى يندرج القضاء فى ضمنها فهى أنواع:

النوع الأول: الإمامة الكبرى، وأهلية القضاء جزء من أجزائها، وكذلك أهلية السياسة العامة، فهى صريحة فى تناول ذلك.

النوع الثانى: الوزارة، قال ابن بشير: يجوز التفويض فى جميع الأمور للوزير، ويختص الإمام عنه بثلاثة أشياء لا يعقد الوزير ولاية العهد ويعقدها الإمام لمن يريد فيكون إماما للمسلمين بعده كفعل أبى بكر -رضى الله عنه- ولا يستعفى من الولاية، وللإمام الاستعفاء من الإمامة ولا يعزل من قلده الإمام، ويسمى هذا الوزير وزير تفويض، وهذا مع وجود أهلية القضاء وإلا فهو جاهل لا يجوز له القضاء، وأما وزير التنفيذ ووزير الاستشارة فليس لهما أهلية الحكم ووزير التنفيذ هو الذى إذا حكم الإمام بشىء نفذه.

النوع الثالث: الإمارة وهى على أربعة أقسام:

القسم الأول: كالملوك مع الخلفاء فى الإمارة على بعض الأقاليم، فهذه صريحة فى إفادة أهلية القضاء. وإذا صادفت الولاية أهلها، ومحلها من العام، وتشمل أهلية السياسة وتدبير الجيوش، وقسم الغنائم وتفريق أموال بيت المال.

القسم الثانى: أن يكون الأمير مؤمرا لكنه لم تفوض إليه الحكومة مع الإمارة، فلا يجوز لهذا أن يحكم، ولا أن يقدم حكاما وحكمه وحكمهم مردود حتى تفوض إليه الحكومة مع الإمرة، وإن فوضت إليه الحكومة مضى حكمه وحكم مقدَّميه؛ قاله مطرف فى «مختصر الواضحة»، وقال ابن أبى زمنين: فى هذا الأصل تنازع فقد روى ابن القاسم عن مالك إجازة قضاء ولاة المياه إلا فى جور بيِّن ولو لم يجز حكمهم حتى يفوض إليهم الحكم مع الإمرة لسأل مالك عنهم، هل فرض إليهم الحكم أم لا؟ ولم يجب بجواز حكمهم قبل السؤال عنهم واحتج ابن القاسم أيضا لجواز ذلك بقول مالك فى جواز حكم الحكم، قال ابن أبى زمنين: ولبعض مشايخنا فيما سجل به بعض القواد أنه جائز، ورد ذلك بعضهم حتى يجعل إليه مع القيادة والجباية القضاء، وإن لم يكن ثم معه قاض فى الموضع جاز حكمه لما للناس فى ذلك من الرفق والانتصاف إذا حكم بعد اجتهاده ومشورة أهل العلم، قاله ابن هشام فى «مفيد الحكام».

القسم الثالث: الإمارة الخاصة على تدبير الجيوش وسياسة الرعية دون تولية القضاء، فهذه الولاية مقتضى مذهب مالك أن القضاء مندرج فيها لقول مالك - رحمه الله: لا ينقض ما حكم به ولاة المياه، قال القاضى عياض: هم الولاة الذين فوض إليهم أمر المياه وهم مقيمون عندها، ولا شك أن أمراء الجيش أعظم منهم فتنفيذ حكمهم من باب أولى وفيه خلاف بين العلماء.

القسم الرابع: ولاية النظر فى المظالم وله من النظر ما للقضاة وهو أوسع منهم مجالا، يريد بشرط العلم، قاله القرافى فى كتاب «الإحكام فى الفرق بين الفتاوى والأحكام»، وبعض ذلك منقول من «مفيد الحكام».

*****

الباب الرابع

فى الألفاظ التى تنعقد بها الولايات
وما يشترط فى تمام الولاية، وما تفسد الولاية باشتراطه

قال الشيخ أبو إسحاق إبراهيم بن يحيى بن الأمين القرطبى -رحمه الله تعالى: الألفاظ التى تنعقد بها الولايات صريح وكناية، فالصريح أربعة ألفاظ: وهى وليتك وقلدتك واستخلفتك واستنبتك. والكناية ثمانية ألفاظ: وهى اعتمدت عليك، وعولت عليك، ورددت إليك، وجعلت إليك، وفوضت إليك، ووكلت إليك، وأسندت إليك، قال غيره: وعهدت إليك، وتحتاج الكناية إلى أن يقترن بها ما ينفى عنها الاحتمال مثل احكم فيما اعتمدت عليك فيه وشبه ذلك.

فصل: قال المازرى فى «شرح التلقين»: القضاء ينعقد بأحد وجهين أحدهما عقد أمير المؤمنين أو أحد أمرائه الذين جعل لهم العقد فى مثل هذا، والثانى عقد ذوى الرأى وأهل العلم والمعرفة والعدالة لرجل منهم كملت فيه شروط القضاء وهذا حيث لا يمكنهم مطالعة الإمام فى ذلك ولا أن يستدعوا منه ولايته ويكون عقدهم له نيابة عن عقد الإمام الأعظم أو نيابة عمن جعل الإمام له ذلك للضرورة الداعية إلى ذلك.

فصل: قال المازرى: إذا ولى الإمام رجلا للقضاء فإنه يفتقر فى صحة ولايته ونفوذ أحكامه إلى ثبوتها، وثبوتها يقع بأحد وجهين أحدهما الشهادة على الإمام مشافهة بذلك منه لهم أنه ولاه على كذا، فلا خلاف فى ثبوت ولايته، الثانى: الاستفاضة وانتشار الخبر بأنه قد ولاه، وهذا فيه خلاف بين العلماء، قال: والأصح قبول شهادة الاستفاضة فى تولية القضاء إذا انتشر ذلك عن الإمام، وتواتر تواترا يعلم منه ومن قرائن الأحوال علما ضروريا أن الإمام قد ولاه، ومنع بعضهم ثبوت توبته بكتاب يقرأ عن الإمام إلا أن يكون الشهود ينظرون فيما يقرؤه القارئ لجواز أن يكون يقرأ ما ليس هو مكتوبا، ومذهب مالك -رحمه الله- هو القول الأول، وذلك مذكور فيما تجوز فيه الشهادة بالاستفاضة وسيأتى.

فصل: واختلف فى قبول ولاية القضاء من الأمير غير العدل ففى «رياض النفوس فى طبقات علماء إفريقية» لأبى محمد عبد الله بن محمد المالكى قال: قال سحنون: اختلف أبو محمد عبد الله بن فروخ وابن غانم قاضى إفريقية وهما من رواة مالك -رحمه الله تعالى- فقال ابن فروخ: لا ينبغى للقاضى إذا ولاه أمير غير عدل أن يلى القضاء، وقال ابن غانم: يجوز أن يلى وإن كان الأمير غير عدل، فكتب بها إلى مالك؛ فقال مالك: أصاب الفارسى، يعنى ابن فروخ، وأخطأ الذى يزعم أنه عربى يعنى ابن غانم.

فصل: إذا كان القاضى المولى غائبا وقت الولاية فإنه يجوز أن يكون قبوله على التراخى عند بلوغ التقليد إليه. وعلامة القبول شروعه فى العمل وبهذا جرى عمل الصحابة -رضى الله تعالى عنهم- ومن بعدهم إلى وقتنا هذا.

فصل: قال ابن الأمين: ولا تتم الولاية إلا بثلاثة شروط:

الأول: معرفة المولِّى للمولَّى أنه على الصفة التى يجوز أن يولى عليها فإن جهل ذلك لم يصح تقليده فإن عرف ذلك بعد التقليد استأنف الولاية.

الثانى: ذكر ما تضمنه التقليد من رواية القضاء والإمارة والجباية ليعلم على أى نظر عقدت له. فإن جهل ذلك فسدت.

الثالث: ذكر البلد الذى عقدت عليه الولاية ليتميز عن غيره.

فصل: قال الشيخ أبو بكر الطرطوشى فى مقدمة كتابه المسمى «تعليقة الخلاف» فى القاضى يوليه الإمام القضاء ويشترط عليه أن لا يحكم إلا بمذهب إمام معين مثل أن يكون مالكيا أو شافعيا أو حنفيا أو حنبليا فيقول له: قد وليتك القضاء على أن لا تحكم إلا بمذهب مالك مثلا، وسواء وافق مذهب السلطان الذى ولاه أو لا فهذا على ضربين أحدهما أن يشترط ذلك عموما فى جميع الأحكام فالعقد باطل والشرط باطل، سواء قارن الشرط عقد الولاية أو تقدما. ثم وقع العقد.

وقال أهل العراق: تصح الولاية ويبطل الشرط؛ دليلنا أن هذا شرط ينافى مقتضى العقد فإن العقد يقتضى أن يحكم بالحق عنده، وهذا الشرط قد حجره عنه، واقتضى أن يحكم بمذهب إمامه وإن بان له الحق فى سواه، والضرب الثانى

أن يكون الشرط خاصا فى حكم بعينه ولا يخلو الشرط أن يكون أمرا أو نهيا، فإن كان أمرا مثل أن يقول وليتك على أن تقيد من الحر بالعبد ومن المسلم بالكافر. قال ابن أبى جمرة: أو يشترط عليه أن يقتص فى القتل بغير الحديد وما يشاكل هذا فإنه يفسد العقد والشرط، فإن كان نهيا فهو على ضربين.

أحدهما: أن ينهاه عن الحكم فى قتل المسلم بالكافر والحر بالعبد، ولا يقضى فيه بوجوب قود ولا بإسقاطه فهو جائز، لأنه اقتصر بولايته على ما عداه، وأخرجه عن نظره.

الثانى: أن لا ينهاه عن الحكم فيه وينهاه عن القضاء فى القصاص فيصح العقد ويخرج المستثنى عن ولايته فلا يحكم فيه بشىء، ومن الفقهاء من يقول تثبت ولايته عموما ويحكم فيه بما نهاه عنه بمقتضى اجتهاده، كل هذا إذا كان شرطا فى الولاية، فأما لو أخرجه مخرج الأمر والنهى فقال: قد وليتك القضاء فاحكم بمذهب مالك ولا تحكم بمذهب أبى حنيفة فالولاية صحيحة، والشرط باطل، وسواء تضمن أمرا أو نهيا، ويجب أن يحكم بما أداه إليه اجتهاده سواء وافق شرطه أو خالفه، فأما لو ذكره بالأمر فقال: قد وليتك لتحكم بمذهب مالك مثلا، فحكى الماوردى من الشافعية: أن الولاية صحيحة والشرط باطل.

وأعلم أن جميع ما ذكرناه من التقليدات لا يجوز للإمام اشتراطها عليه وتكون قادحة فى الولاية لأنه اشترط ما لا يجوز. قال ابن أبى جمرة فى «إقليد التقليد»: ومن كان لا يقضى إلا بما أمره به من ولاه فليس بقاضٍ على الحقيقة، وإنما هو بصفة خادم رسالة ولا يحل له القضاء فى غير ما أمره به إلا بعد أن يستطلع ما عند الذى ولاه فى ذلك.

تنبيه: كلام الشيخ أبى بكر فى القاضى المجتهد ولم يتعرض للقاضى المقلد كما فى زماننا، وسيأتى الكلام على ذلك فى الركن الثانى من أركان القضاء.

مسألة: وفى «الجواهر»: ولا يصح عقد الولاية لحاكمين معا على أن يجتمعا ويتفقا على الحكم فى كل قضية، فإن شرط ذلك لم تصح ولايته.

*****

الباب الخامس

فى أركان القضـــــاء

وهى ستة القـاضى، والمقضى به، والمقضى له، والمقضى فيـه، والمقضى عليه، وكيفية القضاء.

الركن الأول

فى شروط القضاء، وآداب القاضى، واستخلافـه وذكر التحكيم، ويشتمل على ثمانية فصول:

الفصل الأول

فى الأوصاف اشترطه فى صحة ولاية القـاضى وما هو غير شرط فى الصحة، لكن عدمها يوجب العزل، وما هو شروط الكمـال، ويستحب العزل بعدمها، وإذا أراد الإمام تولية أحـد اجتهد فى ذلك لنفـسه وللمسلمين، ولا يحـابى ولا يقصد بالتولية إلا وجـه الله تعالى، فقد روى عن عـمر بن الخطاب -رضى الله عنه- أنه قال: ما من أمير أمر أميرا أو استقضى قاضيا محاباة إلا كان عليه نصف ما اكتسب من الإثم، وإن أمره أو استقضاه نصيحة للمسلمين كان شريكه فيما عمل من طاعة الله تعالى، وليختبر رجلا من أهل الدين والفضل والورع والعلم كما فعل أبو بكر فى استخلافه عمر -رضى الله عنهما.

قال القاضى عياض -رحمه الله- فى «التنـبيهات»: وشروط القضاء التى لا يتم القضـاء إلا بها ولا تنعقـد الولاية ولا يستدام عـقدها إلا معـها عشـرة: الإسلام والعقل والذكـورية والحرية والبلوغ والعـدالة والعلم وكونه واحـدا وسلامة حـاسة السمع والبصر من العمى والصمم وسلامة اللسان من البكم فالثمانية، الأول: هى المشترطة فى صحة الولاية والثلاثة الآخر: ليـست يشرط فى الصحة، لكن عدمها يوجب العزل، فـلا تصح من الكافر اتفاقا، ولا المجنون، قـال القاضى أبو بكر: ولا يكتفى بالعـقل المشترط فى التكليف، بل لابد أن يكون صحـيح التمييـز جيد الفطنة بعيدا من السهو والغلط، ولا يصح من المرأة لنقـصها ولأن كلامها ربما كان

فتنة، وبعض النساء تكون صورتها فتنة، وأما الحرية فإن ولاية العبد لا تصح وكذا من فيـه بقية رق، قـال سحنون: ولا المعتق خـوفا من أن تستحق رقـبته فـتذهب أحكام الناس باطلا، وأما البلوغ فـلأن ولاية الصبى لا تصح لنقصان تميـيزه، وأما العدالة فلأنه لا تصح ولاية غير العدل. قال سحنون: من لا تجوز شهادته لا تصح ولايته، وقال أيضا: تصح ويجب عزله، قال القاضى عياض: وفى الفاسق خلاف بين أصحابنا، هل يرد ما حكم فـيه وإن وافق الحق، وهو الصحيح، أو يمضى إذا وافق الحق، ووجـه الحكم، وأمـا العلم فـلأنه لا تصح ولاية الجـاهل، قـال ابن شاس: ولا المقلد إلا عند الضرورة، قـال القاضى أبو بكر: فيقضى بفـتوى مقلده بنص النازلة، فإن قاس على قـوله أو قال: يجىء من هذا كذا؛ فهو مـتعد، وقال القرافى: الحاكم إن كان مجتـهدا فلا يجوز له أن يحكم ويفتى إلا بالراجح عنده، وإن كان مـقلدا جاز له أن يحكم بـالمشهور من مـذهبه وأن يفـتى به وإن لم يكن راجحا عنده مقلـدا فى رجحان القول المحكوم به إمامه الذى يقلده فى الفـتيا وأما اتباع الهوى فى الحكم والفتيا فحرام إجماعا. قال ابن شاس: ولا تصح تولية مقلد فى موضع يوجـد فيه عالم، فـإن تقلد فهو جـائر متعد لأنه تعـد فى مقعد غـيره ولبس خلعة سواه من غير استحقاق، قال ابن عبد السلام: ولا ينبغى أن يولى فى زماننا هذا من المقلدين من ليس له قدرة على الترجـيح بين الأقوال، فإن ذلك غير معدوم وإن كان قليلا وأما رتبة الاجتهاد فإنها فى المغرب معدومة، قال المازرى فى اشتراط كون القاضى ناظرا: هذه المسائل تكلم عـليها العلماء الماضون لما كان العلم فى أعصارهم كثيرا منتشـرا، وشغل أكثر أهلها بالاستنباط والمناظرة على المذاهب، وأما عصرنا هذا فإنه لا يوجـد فى الإقليم الواسع العظيم مفت نظار قد حصل آلة الاجتهاد، واستبحر فى أصول الفقه ومعرفة اللسان والسنن، والاطلاع على ما فى القرآن من الأحكام، والاقتدار على تأويل ما يجب تأويله. وبناء ما تعارض بعضه على بعض، وترجيح ظاهر على ظاهر، ومعرفة الأقيسة وحدودها وأنواعها وطرق استخراجها، وترجيح للعلل والأقيسة بعضها على بعض، هذا الأمر زماننا عار منه فى أقاليم المغرب كله، فضلا عمن يكون قـاضيا على هذه الصفة، فالمنع من ولاية المقلد القـضاء فى هذا الـزمان تعطيل للأحكام وإيـقاع فى الهـرج والفتن والنزاع، وهذا لا سبيل إليه فى الشرع، ولكن تخـتلف أحوال المقلدين فربما ولى ولاة الأمر

عاميا لغناه عما فى أيدى الناس، وتحليه باسم العدالة، وسمت الوقار ولكنه ليس معه من التخصيص ومجالسة العلماء ومطالبة ما يخرجه عن أهل الغباوة والجهل ويلحقه بطبقة من يفهم ما تقول الخصوم بين يديه، فهذا لا ينبغى أن يولى قضاء ولا يوثق به فيه، انتهى.

وكانت وفاة المازرى سنة ست وثلاثين وخمسمائة -رحمه الله تعالى- وحكى ابن راشد عن بعضهم: أنه أجاز تولية الجاهل ورأى كونه عالما مستحبا لا شرطا فى الصحة ولا موجبا للعزل، وهو قول شاذ بعيد من الصواب، والقاضى أحوج الناس إلى العلم. قال ابن راشد: ولا يقال إنه يستشير أهل العلم ويحكم بما يجمعون عليه، لأنا نقول: هو مأمور بأن يستشير وإن كان فقيها، فإذا اختلفوا عليه اجتهد فى اختلافهم وتوخى أحسن أقاويلهم، فإذا كان جاهلا التبس الأمر عليه ولم يعلم بماذا يأخذ، وربما ولّى الجاهل بلدا لا فقهاء فيه فيحكم بهواه كما هو الغالب على بلادنا وزماننا، فقد ذهب العلم وكثر الجهل وقدمت الجهال وأطرحت العلماء، فإنا لله وإنا إليه راجعون، وأما سلامة السمع والبصر فإن القاضى عياض حكى فيه الإجماع من العلماء مالك وغيره، وهو المعروف إلا ما حكاه الماوردى عن مالك أنه يجوز قضاء الأعمى وذلك غير معروف، ولا يصح عن مالك، ولأنه لا يتأتى قضاء ولا ضبط ولا ميز محق من مبطل ولا تعيين طالب من مطلوب ولا شاهد من مشهود عليه من الأعمى. وفى «وثائق ابن القاسم الجزيرى»: إن السمع والبصر شرط فى الصحة كما قاله القاضى عياض. وقال ابن شاس فى شروط القضاء:

القسم الثانى: ما يقتضى عدمه النسخ وإن لم يشترط فى الصحة وذلك كاشتراط كونه سميعا بصيرا متكلما، فعدم بعض هذه يقتضى أن ينسخ العقد سواء تقدمت أضدادها عليه أو طرأت بعده، وينفذ ما مضى من أحكامه إلى حين العزل. وإن كانت موجودة حين الحكم، فقال ابن راشد: ولاية من فقد السمع والبصر منعقدة لكن يجب عزله، وسواء تقدمت هذه الأوصاف أو طرأت وينفذ ما مضى من أحكامه. قال القاضى عياض: اشتراط السمع والكلام لم يختلف فيهما العلماء ابتداء لأنه يتعذر عليهما الفهم غالبا، واختلف العلماء إذا طرأت هاتان الآفتان يعنى فقد السمع والكلام بعد العقد هل يبطل به العقد ويعزل أم لا؟ ويبعد تأتى

القضاء مع اجتماع هاتين الآفتين، وقلما يوجد أبكم إلا وهو أصم، وأما كونه واحدا فلا يصح تقديم اثنين على أن يقضيا معًا فى قضية واحدة لاختلاف الأغراض وتعذر الاتفاق وبطلان الأحكام لذلك، وقد تقدم هذا، قال القاضى عياض: وبعض هذه الشروط إذا عدمت فيمن قلد القضاء بجهل أو غرض فاسد ثم صدر منه حكم فإنه لا يصح ويرد وهى الشروط الخمسة الأول: أعنى الإسلام، والبلوغ، والعقل، والذكورية، والحرية. وأما الخمسة الآخر: فينفذ من أحكام من عدمت فيه ما وافق الحق إلا الجاهل الذى حكم برأيه، وفى الفاسق خلاف تقدم.

وشروط الكمال عشرة: خمسة أوصاف ينتفى عنها وخمسة لا ينفك منها، **فالأولى أن يكون غير محدود وغير مطعون عليه فى نسبه بولادة اللعان أو الزنا فإن** استقضى ولد الزنا فلا يحكم فى الزنا؛ من «المقنع»، وأن يكون غير فقير وغير أمى، والمنصوص للمتأخرين أنه لا نص فى المذهب إذا كان لا يكتب، وقالوا: الظاهر أنه من شروط الكمال وفى «الطرر» لأبى عمر ابن عات فى آخر الجزء الثالث فى الكلام على شروط القضاء: واختلف فى الأمى فقيل: إنه لا يجوز أن يتولى القضاء، وقيل: إن ذلك جائز ولا يلزمه قراءة العقود والمقالات، وله أن يستنيب فى ذلك غيره، ونسبه إلى ابن رشد فى شرحه لـ«جامع العتبية».

والشرط الخامس: أن يكون غير مستضعف.

والخمسة الثانية: أن يكون فطنا نزها مهيبا حليما مستشيرا لأهل العلم والرأى، وزاد بعضهم: سليما من بطانة السوء لا يبالى فى الله لومة لائم، ورعا بلديا غير زائد فى الدهاء لأنه إذا وصف بذلك كان الناس منه فى حذر وهو من نفسه فى تعب، وقد أطال الناس فى صفة من يصلح للقضاء.

قال الشيخ أبو بكر الطرطوشى: وجمهور المقلدين فى هذا الزمان لا تجد عندهم من آثار الصحابة والتابعين كبير شىء وإنما مصحفهم مذهب إمامهم. قال بعضهم: ومن صفته أن يكون غير مستكبر عن مشورة من معه من أهل العلم، ورعا ذكيا فطنا، متأنيا غير عجول، نزها عما فى أيدى الناس، عاقلا مرضى الأحوال موثقا باحتياطه فى نظره لنفسه فى دينه وفيما حمل من أمر من ولى النظر لهم، غير مخدوع، وقورا مهيبا عبوسا من غير غضب، متواضعا من غير ضعف، حاكما

بشهادة العدول، لا يطلع الناس منه على عورة ولا يخشى فى الله لومة لائم، ولا ينبغى أن يكون صاحب حديث لا فقه عنده، أو صاحب فقه لا حديث عنده عالما بالفقه والآثار ويوجه الفقه الذى يؤخذ منه الحكم.

قال سحنون فى «كتاب ابنه»: وإذا كان الرجل فقيرا وهو أعلم من فى البلاد وأرضاهم استحق القضاء. ولكن لا ينبغى أن يجلس حتى يغنى ويقضى دينه، وقال المازرى: وهذا من المصلحة لأنه ربما دعاه فقره إلى استمالة الأغنياء والضراعة لهم وتمييزهم على الفقراء بالإكبار إذا تخاصموا مع الفقراء، فإذا كان غنيا بعد ذلك، وقال عمر بن عبد العزيز - رضى الله تعالى عنه: من راقب الله تعالى وكانت عقوبته أخوف فى نفسه من الناس وهبه الله السلامة، قال القاضى عبد الوهاب: وينبغى القاضى أن يكون متيقظا كثير التحرز من الحيل وما يتم مثله على المغفل والناقص والمتهاون، وأن يكون عالما بالشروط عارفا بما لابد منه من العربية واختلاف معانى العبارات، فإن الأحكام تختلف باختلاف العبارات فى الدعاوى والإقرار والشهادات وغير ذلك، ولأن كتاب الشروط هو الذى يتضمن حقوق المحكوم له وعليه والشهادة تسمع بما فيه، فقد يكون العقد واقعا على وجه يصح أو لا يصح، فيجب أن يكون فيه علم بتفصيل ذلك وبمجمله، وينبغى أن يكون غير زائد فى الدهاء وذلك أمر زائد على الفطنة، وإنما نهى عن ذلك لأن ذلك يحمله على الحكم بالفراسة وتعطيل الطرق الشرعية من البينة والأيمان، وقد فسد الزمان وأهله واستحال الحال، وقد قال مالك -رضى الله تعالى عنه: لا أرى خصال القضاء اليوم تجتمع فى واحد فإن اجتمع منها خصلتان ولى القضاء وهما العلم والورع. قال ابن حبيب: فإن لم يكن، فالعمل والورع، فإنه بالعقل يسأل وبالورع يعف، وهذا قول مالك فى أهل زمانه، فما ظنك بزماننا. قال المازرى: هذا تسهيل من ابن حبيب فى ولاية القاضى المقلد، ولكنه لم يصرح بجواز هذا مع القدرة على قاض نظار، بل أشار إلى كون الضرورة تدعو إلى ولاية المقلد، وهكذا قال أصبغ: إذا لم يوجد إلا عدل لا علم عنده وعالم لا بأس بحاله، ولكن الذى لا علم عنده أعدل منه، فإن العالم هو الذى يولى، فإن كان ليس بعد فيولى العدل الذى ليس بعالم ويؤمر أن يسأل ويستشير، وهذا الذى وقع فى المذهب ينبغى أن يحمل على مواقع الضرورة ومسيس الحاجة.

الفصل الثانى

الفهم فى الأحكام اللازمة للقاضى فى سيرته والآداب التى لا يسعه تركها وما جرى عمل الحكام بالأخذ به

ونبدأ بذكر رسالة أمير المؤمنين عمر بن الخطاب -رضى الله تعالى عنه- المعروفة برسالة القضاء.

قال ابن سهل: وهذه الرسالة أصل فيما تضمنته من فصول القضاء ومعانى الأحكام وعليها احتذى قضاة الإسلام، وقد ذكرها كثير من العلماء وصدروا بها كتبهم، منهم عبد الملك بن حبيب وهى:

بسم الله الرحمن الرحيم

من عمر أمير المؤمنين إلى أبى موسى الأشعرى، سلام عليك، فإنى أحمد الله الذى لا إله إلا هو. أما بعد فإن القضاء فريضة محكمة وسنة متبعة، فافهم إذا أدلى إليك وأنفذ إذا تبين لك، فإنه لا ينفع تكلم بحق لا نفاذ له وسوٌ بين الناس فى مجلسك ووجهك وعدلك، حتى لا ييأس الضعيف من عدلك ولا يطمع الشريف فى حيفك، البينة على من ادعى واليمين على من أنكر، والصلح جائز بين المسلمين إلا صلحا أحل حراما أو حرم حلالا، لا يمنعك قضاء قضيته بالأمس ثم راجعت فيه نفسك وهديت فيه لرشدك أن تراجع الحق فإن الحق ومراجعته خير من الباطل والتمادى فيه، الفهم فيما تلجلج فى صدرك مما لم يبلغك فى الكتاب والسنة اعرف الأمثال والأشباه وقس الأمور عندك، واعمد إلى أحبها إلى الله تعالى وأشبهها بالحق فيما ترى، واجعل للمدعى حقا غائبا أو بينة أجلا ينتهى إليه فإن أحضر بينته أخذ بحقه، وإلا وجهت عليه القضاء، فإن ذلك أجلى للعمى وأبلغ فى العذر، والمسلمون عدول بعضهم على بعض إلا مجلودا فى حد أو مجربا عليه شهادة الزور أو ظنينا فى ولاء أو نسب، فإن الله تعالى تولى منكم السرائر ودرأ عنكم بالبينات والأيمان، وإياك والقلق والضجر والتأذى بالناس والتنكر للخصوم فى مواطن الحق التى يوجب الله بها الأجر ويحسن بها الذخر،

فإنه من يصلح ما بينه وبين الله ولو على نفسه يكفه الله ما بينه وبين الناس، ومن تزين للناس بغير ما يعلم الله منه شانه الله، فما ظنك بثواب الله تعالى فى عاجل رزقه وخزائن رحمته والسلام.

تنبيه: قال ابن سهل: وقول عمر -رضى الله عنه- فى هذه الرسالة «المؤمنون عدول بعضهم على بعض» رجع عمر -رحمه الله- عن ذلك بما رواه مالك فى الموطأ، قال ربيعة: قدم رجل من أهل العراق على عمر بن الخطاب -رضى الله عنه- فقال: وذكر عن الحسن والليث بن سعد من التابعين الأخذ بما فى هذه الرسالة فى أمر الشهود، والأكثرون على خلافه بدليل قوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ [الطلاق: ٢] وقوله تعالى: ﴿مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ﴾ [البقرة: ٢٨٢].

فصل: فيما يلزمه من خاصة نفسه

قال ابن المناصف فى «تنبيه الحكام»: واعلم أنه يجب على من تولى القضاء أن يعالج نفسه ويجتهد فى صلاح حاله، ويكون ذلك من أهم ما يجعله من باله فيحمل نفسه على أدب الشرع وحفظ المروءة وعلو الهمة.

ويتوقى ما يشينه فى دينه ومروءته وعقله، ويحطه عن منصبه وهمته، فإنه أهل لأن ينظر إليه ويقتدى به، وليس يسعه فى ذلك ما يسع غيره، فالعيون إليه مصروفة ونفوس الخاصة على الاقتداء بهديه موقوفة، ولا ينبغى له بعد الحصول فى هذا المنصب سواء وصل إليه برغبة فيه وطرح نفسه عليه أو امتحن به وعرض عليه أن يزهد فى طلب الحظ الأخلص والسنن الأصلح، فربما حمله على ذلك استحقار نفسه لكونه ممن لا يستحق المنصب، أو زهده فى أهل عصره ويأسه من استصلاحهم واستبعاد ما يرجو من علاج أمرهم وأمره أيضا لما يراه من عموم الفساد وقلة الالتفات إلى الخير، فإنه إن لم يسع فى استصلاح أهل عصره فقد أسلم نفسه وألقى بيده إلى التهلكة ويئس من تدارك الله تعالى عباده بالرحمة، فيلجئه ذلك إلى أنه يمشى على مشى أهل زمانه ولا يبالى بأى شىء وقع فيه لاعتقاده فساد الحال، وهذا أشد من مصيبة القضاء وأدهى من كل ما يتوقع من

البلاء، فليأخذ نفسه بالمجاهدة ويسعى فى اكتساب الخير ويطلبه ويستصلح الناس بالرهبة والرغبة ويشدد عليهم فى الحق، فإن الله تعالى بفضله يجعل له فى ولايته وجميع أموره فرجا ومخرجا، ولا يجعل حظه من الولاية المباهاة بالرئاسة وإنفاذ الأمور والالتذاذ بالمطاعم والملابس والمساكن، فيكون ممن خوطب بقوله تعالى: ﴿أَذْهَبْتُمْ طَيِّبَاتِكُمْ فِى حَيَاتِكُمُ الدُّنْيَا﴾ [الأحقاف: ٢٠]، وليجتهد أن يكون جميل الهيئة ظاهر الأبهة وفور المشية والجلسة حسن النطق والصمت، محترزا فى كلامه من الفضول وما لا حاجة به، كأنما يعدّ حروفه على نفسه عدا، فإن كلامه محفوظ وزلله فى ذلك ملحوظ، وليقلل عند كلامه الإشارة بيده والالتفات بوجهه، فإن ذلك من عمل المتكلفين وصنع غير المتأدبين، وليكن ضحكه تبسما ونظره فراسة وترسما وإطراقه نفهما، ويكون أبدا مرتديا بردائه حسن الزى وليلبس ما يليق به فإن ذلك أهيب فى حقه وأجمل فى شكله وأدل على فضله وعقله، وفى مخالفة ذلك نزول وتبذل، وليلزم من الصمت الحسن والسكينة والوقار ما يحفظ به مروءته فتميل الهمم إليه ويكبر فى نفوس الخصوم الجرأة عليه من غير تكبر يظهره ولا إعجاب يستشعره، فكلاهما شين فى الدين وعيب فى أخلاق المؤمنين.

فصل: ويلزم القاضى أمور منها أنه لا يقبل الهدية وإن كافأ عنها أضعافها إلا من خواص القرابة كالولد والوالد والعمة والخالة وبنت الأخ وشبههم. لأن الهدية تورث إدلال المهدى وإغضاء المهدى إليه، وفى ذلك ضرر القاضى ودخول الفساد عليه، وقيل: إن الهدية تطفىء نور الحكمة، وقال ربيعة: إياك والهدية فإنها ذريعة الرشوة، وقال محمد بن عبد الحكم: لا بأس أن يقبلها من إخوانه الذين كان يعرف له قبولها منهم قبل الولاية، وقد كان عمر بن الخطاب -رضى الله عنه- يقبل الهدية من إخوانه، وقيل: لا يسوغ له قبولها منهم؛ ذكره المازرى، وأجاز أشهب قبولها من غير الخصمين إذا كان صديقا وكافأه عليها أو قريبا، وقال سحنون: لا يقبلها إلا من ذى رحم، ولابن سحنون عن مالك -رضى الله تعالى عنه: لا ينبغى لأمير ولا لعامل صدقة أن ينزل على أحد من أهل عمله ولا يقبل له هدية ولا منفعة، فإن فعل فلا ينبغى لمن معه أن يأكل من ذلك، ولا يأكل الساعى إلا من رأس ماله، وقال ابن حبيب: لم تختلف العلماء فى كراهية الهدية

إلى السلطان الأكبـر، وإلى القضاة، والعـمال وجباة المال، وهذا قـول مالك ومن قبله من أهل العلم والسنـة، وكان النبى ﷺ يقبل الهدية وهذا من خـواصه ﷺ، والنبى ﷺ معصوم ممـا يتقى على غيره منها، ولما رد عمر بـن عبد العزيز -رضى الله تعالى عنه- الهـدية قيل له: كان النبى ﷺ يقـبلها فقـال: كانت له هدية ولنا رشوة، لأنه كـان يتقرب إليـه لنبوته لا لولايتـه، ونحن يتقرب بهـا إلينا لولايتنا. وقال ﷺ: **«ويأتى على الناس زمـان يستحـل فيه السـحت بالهدية، والقـتل بالموعظة؛ يقتل البرئ ليتعظ به العامة»**.

فصل: قال المازرى: وأما الارتزاق من بيت المال فإن من تعين عليه القضاء وهو فى غنى عن الارتزاق منه فإنه ينهى عن أخذ العوض على القضاء، لأنه ذلك أبلغ فى المهابة وادعى للنفوس إلى اعتقاد التـعظيم والجلالة، وإن كان القضاء لم يتعين عليـه وهو محـتاج إلى طلب الرزق من بيت المال سـاغ له أخذ ذلـك ومن مفـيد الحكام قال أصبغ: ولا ينبغى له أن يأخذ رزقه إلا من الخمس أو من الجزية أو من عشور أهل الذمة.

مسئلة: وكذلك الشهود لا يـجوز لهم قبول الهدية من أحد الخـصمين ما دامت الخصومة بينهما.

مسئلة: وفى «الطرر» لابن عات:

قال ابن عيشون: أجاز بعضهم إعطاء الرشوة إذا خاف الظلم على نفسه، وكان الظلم محققا.

مسئلة: قال ابن عـبد الغفور: ومـا أهدى إلى الفقيه من غـير حاجة فـجائز له قبوله، ومـا أهدى إليه رجاء العون على خـصمه أو فى مسئلـة تعرض عنده رجاء قضـاء حاجته على خـلاف المعمول به فلا يـحل له قبولها، وهى رشـوة يأخذها، وكذلك إذا تنازع عنده خـصمان فأهديـا إليه جميـعا أو أحدهما يرجـو كل واحد منهما أن يعـينه فى حجته أو عند حاكم إذا كـان ممن يسمع منه ويوقف عنده، فلا يحل له الأخذ منهـما ولا من أحدهما، ومنها: أن لا يعـتكف لأنه لا يقضى بين الناس فى اعتكافه -من مفيد الحكام- ومنها: أنه لا يحضر وليمة إلا وليمة النكاح

للحديث، ثم إن شاء أكل وإن شاء لم يأكل، والأولى له اليوم ترك الأكل لأن فى المسارعة إلى إجابة الدعوة والتسامح بذلك مذلة وإضاعة للتصاون وإخلاقا للهيبة عند العوام؛ قاله ابن المناصف، وفى «المتيطية»، قال أشهب فى «المجموعة»: لا بأس أن يجيب الدعوة العامة إن كانت وليمة أو صنيعا عاما لفرح، فأما أن يدعى مع عامة لغير فرح فلا يجيب، وكأنه إنما دعى خاصة، وكان ذلك لأجله. وقال سحنون: يجيب الدعوة العامة دون الخاصة، وتنزهه عن الدعوة العامة أحسن، إلا أن يكون لأخ فى الله، وخاصة أهله أو ذى قربة، وكره مالك -رحمه الله- لأهل الفضل أن يجيبوا كل من دعاهم.

ومنها: أنه ينبغى له التنزه عن طلب الحوائج من ماعون أو دابة.

ومنها: أنه يجتنب العارية والسلف والقراض والإبضاع إلا أن لا يجد بدا من ذلك، فهو خفيف إلا من عند الخصوم، أو ممن هو من جهتهم فلا يفعل.

ومنها: أنه يكره له البيع والابتياع فى مجلس حكمه أو فى داره ولا يرد منه شىء إلا أن يكون على وجه الإكراه أو فيه نقيصة على البائع فيرد البيع والابتياع كان فى مجلس قضائه أو غيره، قال أشهب: إن عزل والبائع أو المبتاع مقيم بالبلد لا يخاصمه ولا يذكر مخاصمته لأحد فلا حجة له، والبيع ماض، ولا ينبغى أن يكون له وكيل معروف على البيع والشراء لأنه يفعل مع وكيله من المسامحة ما يفعل معه، وربما امتنع الناس من خصامه، وأن يرفعوه إلى القاضى الذى هو وكيله، لأنهم يتهمونه بالعناية به، وينبغى له التنزه عن ذلك إلا ما خف شأنه وقل شغله والكلام فيه. قال سحنون: وتركه أفضل، قال أشهب: إلا أن يكون مال ميت له النظر فيه فلا بأس به.

قال مطرف وابن الماجشون وأصبغ: لا ينبغى أن يشتغل فى مجلس قضائه بالبيع والابتياع لنفسه، قال أشهب: أو لغيره على وجه العناية منه، ولا بأس لا بذلك فى مجلس القضاء، قال مطرف وابن الماجشون: لنفسه ولغيره، وفى «مختصر الواضحة»، قال أشهب: إذا اشترى الإمام العدل من رجل أو باع ثم عزل أو مات فإن البائع منه والمشترى مخير فى الأخذ أو الترك؛ فتدبر هذا.

ومنهـا: أنه لا ينبغى له أن يـأتى أحدا من الناس إلا الذى ولاه وحـده لأن من دونه رعيته.

ومنهـا: أنه ينبـغى له التنزه عن دخـول الحمـام ما أمكـنه إذ لا يكاد يسلم من الاطلاع على عورة، لأن الحمـام مظنة لذلك لاسيما مع العامة، وقـد قال مالك: والله ما دخـول الحمام بصـواب مع ما تدعو إليـه مخالطة الناس هناك من سـقوط الهيبة ونقص المرؤة، فإن دخله خاليا فلا بأس، ولا كرامة فيه حينئذ.

ومنها: أنه ينبغى له أن يجتنب بطانة السوء لأن أكثر القضاة إنما يؤتى عليهم من ذلك ومن بلى بذلك عرفه حق المعرفة، قاله ابن رشد.

ومنها: أن يختار له كاتبا يكتب له ما يـقع فى مجلسه بين الخصوم. قال المتيطى: لا يستكتب إلا أهل العدل والـرضا غاب الكاتب على ما يكتب أو حضـر، وقد ذكر بعضـهم فى أوصافـه أربعة وهى العـدالة والعقل والرأى والـعفة وإن لم يكـن عالما بأحكام الشرع فلابد أن يكون عالما بأحكام الكتابة، وقال المواز: ينبغى أن يكون كاتبه عدلا فقيها يكتب بين يديه ثم ينظر هو فـيه وظاهر كلام المتقدمين أن ذلك على وجه الاستحباب، ومال بعض الشـيوخ إلى الوجوب، وفى «المدونة» ولا يستكتب القاضى أهل الذمة، قال مـحمد: فإن اضطر إلى غـير عدل نظر فيمـا يكتب ولا يكله إليه، وقال ابن شاس: إنه لا تشتـرط العدالة فى الكاتب ولعله يريد أن القاضى يقف على كتـابته ولا يغيـب عليه شىء من ذلك. المازرى: إذا كان غـير ثقـة فلابد من اطلاع القاضى على ما يكتبه وإن كان عدلا فالمذهب أنه مأمور بالنظر إلى ما يكتب أيضا.

ومنهـا: أنه يختـار من يزكى عنده الشهـود، وينبـغى أن ينصب لذلك رجلين يسألان له عن الشـهود ويكون كـشفهم فى السـر، وإن قدر القـاضى أن لا يعرف الناس من نصبه لذلك فـذلك حسن، والواحد الصالح المأمـون المتنبه يجزئ، ولا ينبغى للكاشف أن يسأل واحدا أو اثنين وليسأل ثلاثة أو أربعة أو أكثر من ذلك أن قدر خيفة أن يزكيه أهل وده، أو يجرحه عدوه، بخلاف ما إذا سأل جماعة.

ومنها: أنه ينبغى أن يتخـذ له مترجما ويشترط فيه الـعدالة والصلاح التام، قال مالك: وإذا اختصم إليه من لا يتكلم بالعربية ولا يفهم عنه فليترجم عنه ثقة مسلم مأمون، واثنان أحب إلينا ولا بأس أن يقبل ترجـمة امرأة عدل، وذلك إذا لم يجد

من الرجال من يترجم له وكان مما يقبل فيه شهادة النساء وامرأتان ورجل أحب إلينا. وقال سحنون: لا يقبل ترجمة رجل واحد ولا ترجمة من لا تجوز شهادته، ولا يقبل فى ذلك قول أهل الكفر ولا العبيد، قال بعض الشيوخ: يريد مع وجود العدل، ولو اضطر إلى ترجمة أحدهم يعمل بقوله كالحكم بقول الطبيب النصرانى فيما يضطر إليه فيه.

ومنها: أنه ينبغى له أن يستبطن أهل الدين والأمانة والعدالة والنزاهة ليستعين بهم على ما هو بسبيله، ويقوى بهم على التوصل إلى ما ينوبه ويخففوا عنه فيما يحتاج إلى الاستنابة فيه من النظر فى الوصايا والأحباس والقسمة وأموال الأيتام وغير ذلك مما ينظر فيه.

ومنها: أنه يجب أن يكون أعوانه فى زى الصالحين فإنه يستدل على المرء بصاحبه وغلامه، ويأمرهم بالرفق واللين فى غير ضعف ولا تقصير، فلابد للقاضى من أعوان يكونون حوله ليزجروا من ينبغى زجره من المتخاصمين، وينبغى أن يخفف منهم ما استطاع، وقد كان الحسن -رضى الله عنه- ينكر على القضاة اتخاذ الأعوان، فلما ولى القضاء وشوش عليه ما يقع من الناس عنده قال: لابد للسلطان من وزعة، وإن استغنى عن الأعوان أصلا كان أحسن، قال المازرى: ولا يكون العوين إلا ثقة مأمونا لأنه قد يطلع من الخصوم على ما لا ينبغى أن يطلع عليه أحد الخصمين، وقد يرشى على المنع والإذن، وقد يخاف منه على النسوان إذا احتجن إلى خصام، فكل من يستعين به القاضى على قضائه أو مشورته لا يكون إلا ثقة مأمونا.

فصل: وأرزاق الأعوان الذين يوجههم فى مصالح الناس ورفع المدعى عليه وغير ذلك من حقوق الناس تكون من بيت المال كالحكم فى أرزاق القضاء، ولا ينبغى للقاضى أن يجعل لهم شيئا فى أموال المسلمين وإذا كان لهم رزق من بيت المال فلا يجوز لهم أخذ شيء على القضايا التى يبعثون فيها كما لا يجوز للقضاة أخذ شيء، فإن لم يصرف لهم شيء من بيت المال دفع للقاضى الطالب طابعا يرفع به الخصم إلى مجلس الحكم، فإن لم يرتفع واضطر إلى الأعوان فليجعل القاضى لهم شيئا من رزقه إذا أمكنه وقوى عليه إذا رفع المطلوب مما يلزمه، فإن عجز عن ذلك

فأحسن الوجوه أن يكون الطالب هو المستأجر على النهوض فى إحضار المطلوب ورفعه فيتفق مع العوين على ذلك بما يراه، إلا أن يتبين لدد المطلوب بالمطلب وأنه امتنع من الحضور بعد أن دعاه، فإن أجرة العوين الذى يحضره على المطلوب، وأنكر ذلك ابن الفخار، وسيأتى فى الباب الثانى والعشرين.

ومنها: أنه لا ينبغى له أن يبيح للناس الركوب معه إلا فى حاجة أو رفع مظلمة، فإنه لا بأس للقاضى أن يركب لينظر إلى الشىء مع غيره من الناس فيما قد تشوجر فيه عنده واختلط فيه الأمر وطالت فيه الخصومة ولا يجد سبيلا إلى معرفته إلا بمعاينة. وقد يكثر هذا فى باب دعوى الضرر وقد ركب عثمان بن عفان -رضى الله تعالى عنه- فى أمر لينظر إليه، فذكر له فى الطريق أن عمر بن الخطاب -رضى الله عنه- وقف عليه وحكم فيه، فانصرف ولم ينظر فيه.

ومنها: أنه لا ينبغى له أن يكثر الدخّال عليه ولا الركاب معه ولا من يحف به فى غير حاجة كانت لهم قبل ذلك، إلا أن يكونوا أهل أمانة ونصيحة وفضل، فلا بأس بذلك، وإذا كانوا على غير هذا الوجه كبرت نفسه وعظم عنده سلطانه. ويكفى القاضى فى معرفته قبح حال الرجل أن يصحبه فى غير حاجة ولا دفع مظلمة ولا خصومة وحق عليه أن يمنعه من ذلك، لأنهم إنما يلزمون ذلك لاستشكال أموال الناس، لأنهم يرون الناس أن لهم عند القاضى منزلة، ولهذا قالوا: من تردد إلى القاضى ثلاث مرات فى غير حاجة فذلك جرحة فى عدالته، ويمنع من يجلس فى دهليزه لغير حاجة، لأن ذلك مأكلة للناس وحيلة عليهم، ولا يبيح مجلسه لمن يريد أن يتزين بمجالسته أو يتعلم أحكامه، فإن ذلك من خلق المستأكلين، وإنما يجالسه الفقهاء والعدول الذين يحتاج إلى فقههم وشهادتهم.

ومنها: أنه لا يرى الناس أن لأحد عنده منزلة مثل أن يدعو شخصا معينا للتزكية والتجريح والشهادة والكشف عما يريد.

ومنها: أنه لا ينبغى أن يصغى بإذنه للناس فيفتح على نفسه بذلك شرا عظيما، وتفسد عقيدته فى أهل الفضل البرآء مما قيل فيهم عنده.

ومنها: أنه ينبغى له أن يتخذ من يخبره بما يقول الناس فى أحكامه وأخلاقه وسيرته وشهوده فإذا أخبره بشىء فحص عنه فإن فى ذلك قوة على أمره.

الفصل الثالث

فيما يتعلق بمجلسه ومسكنه وذلك أمور

منها: أن يجلس فى المسجد مستقبل القبلة، قال فى «المدونة»: القضاء فى المسجد من الأمر القديم وهو الحق والصواب، قال مالك: لأنه يرضى فيه بالدون من المجلس، وهو أقرب على الناس فى شهودهم، ويصل إليه الضعيف والمرأة، وفى «المجموعة» و«كتاب ابن المواز» عن مالك: لا بأس أن يقضى القاضى فى منزله وحيث أحب، وفى «تنبيه الحكام» لابن المناصف ويكره الجلوس للأحكام فى داره، وقد أنكره عمر بن الخطاب على أبى موسى الأشعرى -رضى الله تعالى عنهما- وأمر بإضرام داره عليه نارا، فدعا واستقال ولم يعد إلى ذلك، فإن دعته ضرورة إلى ذلك فليفتح أبوابها ويجعل سبيلها سبيل المواضع المباحة لذلك من غير منع ولا حجاب، والأحسن أن يكون مجلس قضائه حيث الجماعة جماعة الناس وفى المسجد الجامع، إلا أن يعلم ضرر ذلك بالنصارى وأهل المال والنساء الحيض فيجلس فى رحبة المسجد، قال سحنون: فإن دخل عليه ضرر بقعوده فى المسجد لكثرة الناس حتى أشغله ذلك عن النظر والفهم، فليكن له موضع فى المسجد يحول بينهم وبينه، وقد اتخذ سحنون بيتا فى المسجد الجامع فكان يقعد فيه للناس ليحول ذلك المجلس بينه وبين كلامهم وكثرة لغطهم، وحيثما جلس القاضى والمأمون فهو له جائز، وذكر أن عمر بن عبد العزيز كتب إلى القاضى تميم بن عبد الرحمن: أن لا يقضى فى المسجد، وبذلك أخذ الشافعى -رحمه الله- واحتجوا بأنه فيه تضييق على الناس، فمنهم الحائض والجنب وأهل الذمة وفيه امتهان المسجد بكثرة اللغط واللجاج وما يقع بين الخصوم من اللجاج، وأيضا فإن بعض العوام يدخل المسجد ورجله فيها بلل وربما كانت غير طاهرة ومفاسد عديدة ذكرها الشافعية. واحتجوا بقوله تعالى: ﴿فِي بُيُوتٍ أَذِنَ اللَّهُ أَن تُرْفَعَ﴾ [النور: ٣٦] وليس فى القضاء فى المسجد إلا إهانة المسجد خصوصا المساجد الثلاثة لاسيما مسجد النبى ﷺ، فإنه قد جاء عن عائشة -رضى الله تعالى عنها- أنها قالت: لرجل دق مسمارا فى حائط المسجد: لقد آذيت رسول الله ﷺ، واحترامه بعد موته ﷺ

واجب كما كان فى حياته، ولهذا قال ابن حبيب من أصحابنا: أحب إلى أن يجلس فى رحاب المسجد اللاصقة به من غير تضييق بالجلوس فى غيرها، وما كان من مضى يجلسون إلا فى رحاب المسجد خارجا منه، أما عند موضع الجنائز، يريد بالمدينة النبوية وهو الآن الموضع المعروف بمصلى الجنائز خارج باب جبريل، قال: وأما فى رحبة دار مروان وهى التى تسمى رحبة القضاء، وقد جعل ذلك فى هذا الوقت ميضأة وهى على باب السلام، قال ابن أبى زيد: واحتج بعض أصحابنا فى قضاء القاضى فى المسجد بقوله تعالى: ﴿**وَهَلْ أَتَاكَ نَبَأُ الْخَصْمِ إِذْ تَسَوَّرُوا الْمِحْرَابَ**﴾ [ص: ٢١] فدل على أن الحكومة وقعت عنده فى مسجده عليه السلام، وروى أن النبى ﷺ قضى فى المسجد.

فصل: وأما مسكنه فينبغى أن يكون وسط البلد فى موضع لا يشق على الناس القصد إليه، ومما ينبغى له أنه لا يفرد لنفسه يوما فى الجمعة لا يقضى فيه، لأن ذلك ليس له لتعلق حقوق الناس به إلا لعذر، ولا بأس أن ينظر فى أمور دنياه التى تصلحه، ولابد له منها فى كل الأيام فى غير أوقات قضائه، ولا بأس أن يطلع إلى قرابته اليومين والثلاثة، قال ابن حبيب: وأكثر من ذلك ولا حرج عليه فيه.

ومنها: أن لا يجلس على حال تشويش من جوع أو شبع أو غضب أو هم، لأن الغضب يسرع مع الجوع، والفهم ينطفئ مع الشبع والقلب يشتغل مع الهم، فمهما عرض له ذلك لم يجلس للقضاء، وإن عرض له فى المجلس انصرف.

ومنها: أن يتخذ لجلوسه وقتا معلوما لا يضر بالناس فى معايشهم ولا ينبغى أن يجلس بين العشاءين ولا فى وقت السحر إلا فى أمر يحدث مما لابد منها، وفى «مختصر الواضحة»: ولا يقضى بين اثنين ممن جرت الخصومة بينهما عنده بين المغرب والعشاء، وأجاز أشهب جلوسه بين المغرب والعشاء، وبعد أذان الظهر، وبعد صلاة الصبح ما لم يكن مجلسا يجبر عليه العامة، ولا ينبغى أن يحكم فى الطريق إلا فى أمر استغيث به فيه فلا بأس أن يأمر وينهى ويسجن، فأما الحكم الفاصل فلا، وأجاز ذلك أشهب، قاله ابن حبيب فى «مختصر الواضحة»، قال ابن عبد الحكم: ولا ينبغى أن يجلس فى العيدين وما قارب ذلك كيوم عرفة ويوم التروية ويوم سفر الحجاج ويوم قدومه وشهود المهرجان وحدوث ما يعم من سرور أو حزن، وكذلك

إذا كثر الوحل والمطر، قال بعض المتأخرين: وكذلك يوم الجمعة، واستثنى من هذه الأيام والأوقات الأمور التى يخاف عليها الفوات وما لا يسعه إلا تعجيل النظر فيه.

وذكر ابن المواز عن أشهب عن مالك -رحمه الله- قال: ينبغى للقاضى أن يكون جلوسه فى ساعات من النهار لأنى أخاف أن يكثر فيخطئ، وليس عليه أن يتعب نفسه نهاره كله، قال ابن عبد الحكم: أن يطيل الجلوس حتى يمل أو يمل غيره، ولكن يكون له وقت حسن فى صدر النهار، وإن احتمل أن يجلس بعد العصر جلس.

ومنها: أنه لا ينبغى له أن يسرع القيام تشاغلا بما يريد أن يؤثر من حوائجه، فإن عرضت له حاجة فلا بأس أن يقوم.

ومنها: أنه ينبغى للقاضى أن يكون جلوسه فى مجلس الأحكام متربعا أو محتبيا، وعليه السكينة والوقار. وقال ملك فى «كتاب محمد»: ولا بأس أن يقضى وهو متكئ.

ومنها: أنه لا يتضاحك فى مجلسه، ويلزم العبوس من غير غضب، ويمنع من رفع الصوت عنده.

ومنها: أنه لا يتشاغل بالحديث فى مجلس قضائه إن أراد بذلك إجمام نفسه، وإذا وجد الفترة فليقم من مجلسه ويدخل بيته ويدفع الناس عنه أو يدع مجلس قضائه ويجلس للحديث مع من أحب إذا أراد إجمام نفسه، وأما وهو يقضى فلا ينبغى. وأجاز ذلك ابن عبد الحكم مع جلسائه وهو أحسن من القيام.

ومنها: أنه لا يكثر من القضاء جدا حتى يأخذه النعاس والضجر، فإنه إذا عرض له ذلك ربما أحدث ما لا يصلح، قال ابن حبيب: وقد قال مالك لرجل كان يلى أمر السوق بالمدينة وكان يقضى بين الناس لا تكثر فتخطئ، واجعل لجلوسك للقضاء ساعات يعرفها الناس منك فيأتوك فيها، وخفف عن نفسك بالنظر فى غير ذلك.

ومنها: أن يجعل للرجال مجلسا وللنساء مجلسا إذا كانت حكومة كل نوع مع نوعه، فإذا اجتمعت الرجال والنساء فى مجلس واحد لخصومة عرضت لهم أفرد لهم مجلسا، ويجعل لأهل الذمة يوما أو وقتا بقدر كثرتهم وقلتهم ويجلس لهم فى المسجد.

الفصل الرابع
فى سيرته فى الأحكام

ويلزمه فى ذلك أمور منهـا، قال أشهب وسحنون: لا يقـضى القاضى حتى لا يشك أن قد فـهم، فأما أن يظن أن قـد فهم ويخاف أن لا يكون فـهم لما يجد من الحيرة فلا ينبغى أن يقضى بينهما وهو يجد ذلك؛ قاله ابن يونس.

ومنها: أن القضية إذا كانت مشكلة فيكشف عن حقـيقيها فى الباطن ويستعين بذلك على الوصول إلـى الحق، وقد أجاب ، وقـد أجاب الشيخ أبو عـبد الله بن عتـاب بعض الحكام فى قضيـة أشكلت بأن قال: ووجه الخـلاص فى هذا على ما كانت القـضاة تفعله فى شـبه ذلك أن تكشف فى البـاطن عن ذلك، فإذا انكشف لك أمر اجـتهدت على حسب مـا انكشف لك، وفعلت ما يجب فى ذلك، فـقد كانت القـضاة -رحـمهم الله تعالى- بسـتعـينون بالكشف عن باطن القضـية ولا يخرجون فى ذلك عن الواجب.

ومنها: قال مالك: لا يفـتى القاضى فى مسائل القضاة وأمـا فى غير ذلك فلا بأس به، وكان سـحنون -رحمـه الله- إذا أتاه رجل بسأله عن مـسألة من مـسائل الأحكام لم يجبه، وقال: هذه مسألة خصومة من ابن يونس.

ومنها: إحضار العدول فى مجلس قضائه. قال المازرى: يأمر القاضى بذلك ويتأكد الأمر به على القول أن القاضى لا يحكم بعلمه فيما أقر به الخصم فى مجلسه.

ومنها: أنهم قالـوا: لا يقضى القاضى إلا بحضرة أهل العـلم ومشورتهم، لأن الله تعالى يقول لنبيه ﷺ: ﴿وَشَاوِرْهُمْ فِى الأَمْرِ﴾ [آل عمران: ١٥٩]، قال الحسن البصرى: كان ﷺ مستغنيًا عن مشاورتهم، ولكنه أراد أن تصير سنة للحكام، قال أشهب: إلا أن يخاف المضـرة من جلوسهم ويشتغل قلبه بـهم وبالحذر منهم حتى يكون ذلك نقصانا فى فهمه، فـأحب إلى أن لا يجلسوا إليه. قال ابن سحنون عن أبيه: لا ينبغى للقـاضى أن يكون معه فى مجلسه من يشـغله عن النظر كانوا أهل فقه أو غيرهم فإن ذلك يدخل عليه الحـصر والاهتمام بمن معه، وقاله مطرف وابن الماجشون، قالا: ولكن إذا ارتفع عن مجلس القضاء شاور.

تنبيه: إطلاقهم المشاورة ظاهره كان عالما بالحكم أو جاهلا، وفى «الطرر» لابن عات فى الجزء الثالث: لا يجوز للحاكم أن يشاور فيما يحكم فيه وهو جاهل لا يميز الحق من الباطل، لأنه إذا أشير عليه وهو جاهل بالحكم لم يعلم إن كان حكم بحق أو بباطل، ولا يجوز أن يحكم بما لا يعلم أنه الحق، ولا يحكم بقول من أشار عليه تقليدا له حتى يتبين له الحق من حيث تبين للذى أشار عليه بدلالة تظهر له، وفى «شرح التلقين» قال المازرى: القاضى مأمور بالاستشارة ولو كان عالما لأن ما فكر فيه الفقهاء وبحثوا فيه تثق النفس به ما لا تثق بواحد إذا استبد برأيه، ولا يمنع من ذلك كونهم مقلدين لاختلافهم فى الفتوى فيما ليس بمسطور بحسب ما يظن كل واحد منهم أنه مقتضى أصول المذهب، وفى «ابن يونس»، قال سحنون: إذا شهد العالم عند القاضى فى شىء فأعياه الحكم فيه فأراد مشورة العالم فى وجه الحكم فى ذلك فلا يجوز له أن يستشيره فيما يشهد فيه، وقال غير سحنون: لا بأس بذلك وحكاه ابن رشد، قال المازرى: ووجه قول سحنون أن التهمة تتصور فى الفتوى كما تتصور فى الشهادة، لأنه قد يتهم هذا العالم أنه أراد أن يؤكد شهادته ويمضيها بقوله بما يقتضى إمضاءها، وإذا عزم على الاستشارة فلا يشاور إلا من يستأهل أن يشاوره لعلمه ودينه ونظره ومعرفته بأحكام من مضى، فإن اختلفوا عليه نظر إلى أشبه ذلك بالحق فأخذ به.

ومنها: أنه إذا أشكل على القاضى أمر تركه، وقال سحنون: لا بأس أن يأمر فيه بالصلح، قال ابن عبد السلام: قد يشكل على القاضى كلام الخصمين وهذا مانع له من التصور، فيأمرهما بالإعادة حتى يفهم عنهما، وقد يفهم عنهما ويشكل عليه وجه الحكم، وهذا هو معنى قولهم: إذا أشكل على القاضى أمر تركه ولا يحل له الإقدام على الحكم باتفاق، ثم للقاضى حينئذ أن يرشدهما للصلح. قال: والأقرب إن كان هنالك قاض غيره صرفهما إليه لاحتمال أن لا يشكل عليه الحكم، وإن لم يكن فى البلد غيرهما بالصلح إن كان من الأحكام المالية وغيرها التى يتأتى فيها الصلح، وفى «المتيطية»: إذا أشكل على القاضى وجه الحق أمرهم بالصلح فإن تبين له وجه الحكم فلا يعدل إلى الصلح وليقطع به، فإن خشى من تفاقم الأمر بإنفاذ الحكم بين الخصمين أو كانا من أهل الفضل أو بينهما رحم أقامهما وأمرهما بالصلح، وقد أقام سحنون رجلين من صالحى جيرانه من بين يديه وقال: استرا على أنفسكما ولا

تطلعانى على سـركما، وقـال عمر بن الخطاب -رضى الله عنه: رددوا القـضاء بين ذوى الأرحام حتى يصطلحوا فإن فـصل القضاء يورث الضغائن، وفى «الطرر» لابن عات قـال بعضـهم: إنما يجـوز للقاضى أن يأمـر بالصلح إذا تقاربـت الحجتـان من الخصمين، غير أن أحدهمـا يكون ألحن بحجته من الآخر أو تكون الدعوى فى أمور درست وتقادمت وتشابهت، وأما إذا تبين للحاكم موضع الظالم من المظلوم لم يسعه من الله تعالى إلا فـصل القضاء. وقـال مالك رحـمه الله: ولا أرى للوالى أن يلح على أحد الخـصمين أو يعـرض عن خصـومته لأجل أن يصـالح، وقال محـمد بن الحسن: لا ينبغى للقاضى أن يردهم أكثر من مرتين إن طمع بالصلح فيما بينهم، فإن لم يطمع بذلك أنفذ بينهم القضاء، وقال بعضهم: قول عمر -رضى الله عنه: «رددوا القضـاء بين ذوى الأرحام» محـمول على أنه إنما يجب أن يردهمـا ما لم يجب الحق لأحدهما، فإذا وجب الحق لم ينبغ للقاضى أن يؤخر إنفاذه.

ومنها: أنه إذا طال الخـصام فى أمر وكـثر التشعـيب فيه فـلا بأس للقاضى أن يحرق كتبهم إذا رجا بذلك تقارب أمـرهم، واستحسن مالك -رحمه الله- ذلك، لما حدث أن قـاضيـا فى زمان أبان بن عـثمان -رضى الله عنه- فـعله، ورواه عنه القاسـم، هكذا ذكره فى «المتـيطية» وذكـر فى «مخـتصر الـواضحة» هذه المـسألة استشهادا بها على مسألة، وهى إذا حكم القاضى لرجلين بقضاءين فى شىء واحد فيقومـان عند قاض غيره كل واحد معه حكم ذلك القـاضى فى الشىء المتنازع فيه أنه له قال فـحائزه منهـما أولى به، إلا أن يكون الحائز قـد حكم له به أولاً، وفى قضية الثانى ما يفسخ ذلك فترد قضية الأول، فإن لم يحزه واحد منهما أو لم يعلم الأول من الآخر فأعدلهما بينة فإن تكافأتا والقضيتان مؤرختان فأولهما أولى إلا أن يكون فى الثانية مـا يفسخها، فـإن كانت إحداهما مؤرخة دون الأخـرى فالمؤرخة أولى، فإن لم يكن تاريخ ولم يكن فى يد واحد منهـما وأشكل الأمر على الحاكم ورأى أن يقطع القضيتـين ويستأنف الحكم فعل، وهذا إذا كانتا جميـعا صوابا فإن كانت إحدهما خطأ فلا إشكال فى رد ما كان الحكم فيها خطأ وذكر أنه سمع مالكا يقول فى قاض من قضاة المدينة أتى بكتب أقضيــة مختلطة قد تقادم شأنها واختلف أمرها فقطعها وأمر الخصمين بالاسـتئناف، فرأيت مالكا أعجبه ذلك، ورأى أنه قد أصاب، وكذلك ينبغى للقضاة إذا رفعت إليهم أمور مشكلة ولم يجدوا لها مخرجا أن يفسخوها ويأمروهم بالابتداء.

الفصل الخامس

فيما يبتدئ بالنظر فيه

ويلزمه أن يكون من أول مـا يبتدئ به الكشف عن الشهـود والموثقين فيـتعرف حال من لا يعرف حـاله منهم، ويفحص عن عدالتهم، فمن كان عـدلا أثبته ومن كان فيه جرحة أسقطه وأراح المسلمين من أذيته، ولا يحل له أن يترك غير المرضى ينتصب للناس فإنها خديعة للمسلمـين ووصمة فى شعائر الدين، وعليه أن يصرح بعزل هؤلاء ويسـجل على شاهد الزور كتابا مـخلدا بعد عقوبتـه، وقد ذكرته فى «باب التعزير» فى القسم الثالث، وكذلك يجب عليه الكشف عن المحبوسين فينظر فى أمرهم وفى مدة إقامـتهم فى الحبس، فقد يكون فيهم من طالت إقـامته فتكون إقامته فى الحبس ظلما ثم ينظـر فى الأوصياء وأموال الأيتام، ويأمر من ينادى عن إذنه أنه قد حجـر على يتيم لا ولى له، وعلى كل سفيه مسـتوجب الولاية عليه، وأنه من علم منكم أحدا من هذين النوعين فليرفع أمره إلينا لتولى عليه، ومن باع منهما بعد النداء فـهو مردود، وفى «مختصر الواضـحة»: أن يأمر مناديه ينادى أن كل يتيم لم يبلغ لا وصى له ولا وكيـل، وكل سفيه مستـوجب للولاية فقد منعت الناس مداينته ومتاجرته، ومن علم منكم مكان واحد من هؤلاء فليرفعه إلينا لنولى عليه ونحجـره، فمن داينه بعد منادى الإمام أو باع منه أو ابتاع فـهو مردود، وقد يكون فعله مردودا أيضا قبل نداء الإمام، إذا كان متصل الولاية من يوم بلغ والنداء يجمع له الأمرين جميعا.

تنبيه: وهذا النداء فى حق السفيه إنما يكون على مذهب من ير أن أفعال السفيه جائـزة ما لم يول عليـه أو يضرب على يده، وهو مـروى عن مالك وعـليه أكـثر أصحـابه، وأما على مـذهب من يرى أن أفعـاله مردودة وهو مذهب ابـن القاسم ومطرف فلا يحتاج إلى هذا النداء المذكور.

مسئلة: قال ابن حبيب: أخبرنى أصبغ عن ابن القاسم فيما رفع إلى القضاة من أموال اليتامى أن الذى يفـعله بعض القضاة من تضمينها لرجـال يكون لهم ربحها وعليهم ضمانها خطأ وحرام لا يحل، ولكن يستودعها لهم من يوثق به، وإن رأى

القاضى أو الوصى أن يدفعها إلى من يتجر لهم فيها أو يقارض لهم على وجه النظر فذلك حسن، وانظر فى القسم الخامس فى توقيف مال اليتيم ما أحدثه قضاه القيروان.

مسئلة: فإن لم يجد واتجر فيها الوصى لنفسه أو الذى يستودعها القاضى إياه فلا بأس بذلك، إن كان له مال أو وفاء والتنزه عنه أفضل. وقال ابن الماجشون: من تعدى فى مال فى يديه بوديعة أو نحوها فاتجر فيها وهو ملىء أو مفلس فالربح له، وهو ضامن للمال فى ماله وذمته، لا فى ولى اليتيم إذا كان مفلسا، واتجر فى مال يتيمه لنفسه، فإن مالكا قال: إن تلف بذلك المال صار له ضامنا فى ذمته لاتّجاره به، وإن ربح فالربح لليتيم لأنه كالناظر له فى نفسه وماله، فلم يكن من النظر له أن يتجر لنفسه فى ماله ولا وفاء عنده به، وإن كان له به وفاء وكان ظاهر الملاء فالربح له سائغ، قال ابن حبيب، قال لى ابن الماجشون: وأنا أقول به وقد أباه المغيرة وغيره من أصحابنا، وقالوا: المفلس والموسر فى ذلك سواء، وولى اليتيم فى ذلك كغيره. قال عبدالملك: وبهذا قال المصريون وهو قول العامة وقول مالك فيه أحب إلى، وبه أقول.

مسئلة: وقد قال ملك: لا بأس لوصى اليتيم أن يناول المسكين من مال اليتيم بالكسرة وخلق الثوب والفلوس، أو يمر به سائل وهو فى حائطه أو فى حرثه فيناوله الثمرات والقبضة من الطعام والشربة من اللبن، هذا وما أشبهه حسن ترجى بركة ذلك لليتيم ولماله؛ من «مختصر الواضحة» لفضل بن سلمة.

***

الفصل السادس

فى سيرته مع الخصوم

وينبغى له أمور: منهـا أنه إذا حضر الخصمان بين يديه فليسـوِّ بينهما فى النظر إليهمـا والتكلم معهما ما لم يتـعد أحدهما، فلا بأس أن يسـوء نظره إليه تأديبا له ويرفع صوته عاليًا لما صـدر منه من اللدد ونحو ذلك، وهذا إذا علم الله تعالى منه أنه لو كان ذلك من صاحبه فعل به مثل ذلك، ويحضهما عند ابتداء المحاكمة على التؤدة والوقـار ويسكن جأش المضطرب منهـما، ويؤمن روع الخائف والحـصر فى الكلام حتى يذهب عنه ذلك، وليقعدهما بين يديه ضعيفين كانا أو قويين أو ضعيفا مع قـوى، ولا يقرب أحـدهما إليـه ولا يقـبل عليه دون خـصمـه، ولا يميل إلى أحدهما بالسلام فيخصه به ولا بالترحيب، ولا يرفع مجلسه ولا يسأل أحدهما عن حاله ولا عن خبره، ولا عن شىء من أمورهما فى مجلسهما ذلك، ولا يسـاررهـما جميعا ولا أحدهما، فإن ذلك يجرئهما عليـه ويطمعهما فيه، وما جر إلى التهاون بحدود الله تعالى فممنوع، وأجاز أشهب أن يساررهما جميعا فى السر، ولا يكتب إليهمـا ولا لأحدهما، وإن احتـاج إلى ذلك أحدهما ما دامت الخـصومة، إلا أن يجمعهمـا فى الكتاب، أما إذا كان السر فى خصومتهـما فيكره عند أشهب أيضا، ولو جـمـعهـمـا فـيه لأن الحكـم لا يكون إلا بالإعـلان، وذلك مما يوهن الحكم ويضعف نفس الآخـر ويوهنه ويوقع الظنة بالقاضى، وإذا سـلم عليه خصـمان لم يزد على أن يقول: وعليكم السلام، فإن زاد أحدهما فى ذلك لم يزد القاضى على رد السلام شيئـا؛ من «الطرر». قال أصبغ فى «الواضحة»: تسوى بـينهما وإن كان أحدهمـا ذميـا فإن أبى ذلك المسلـم وهو الطالب فلا يحكم له ولا ينظر فـى أمره حـتى يتـساويا فى المجلـس ويرضى بالحق، فإن كـان هو المطلوب قـال القـاضى للمسلم: إما تساويه فى المجلس وإلا نظـرت له وسمعت منه ولم ألتفت إليك ولم أسمع منك، فـإن فعل نظر له، قال أبو الحسـن المتيطى: وقيل: لا يسوى بينهـما لقول النبى ﷺ: **«لاتساووهم فى المجلس»** قال المازرى: واستحـسن بعض أشياخى تمييز رتبة المسلم على الذمى لنهيه عليه الصلاة والسلام أن يسوى بين المسلم والذمى

فى المجالس، وذكر أن عليا -رضى الله عنه- خاصم يهوديا عند القاضى شريح فجلس على -رضى الله عنه- فى صدر المجلس وجلس شريح والذمى دونه وقال على: لولا أن النبى ﷺ نهى عن مساواتهم فى المجالس لجلست معه، قال المتيطى: وأرى أن يجلسا جميعا بين يديه ويتقدمه المسلم بالشىء اليسير، وإلى هذا ذهب اللخمى وبعض العلماء المتقدمين، قال مطرف وابن الماجشون: ولا ينبغى للقاضى أن يدخل عليه أحد الخصمين دون صاحبه لا فى مجلس قضائه ولا فى خلوته لا وحده ولا فى جماعة، وإن كان الذى بينه وبينه خاصا حتى تنقضى خصومتهما، إلا أن يجلس خارجا فى مجلسه الذى يجلس الناس معه فيه فى غير مجلس قضائه فلا بأس أن يجلس فيه أحد الخصمين إن شاء، ولا ينبغى له أن يضيف أحدهما أو يخلو معه أو يقف معه فإن ذلك مما يدخل عليه سوء الظن به، وإذا أراد الإحسان إلى أحدهما وصله حيث هو إلا أن يضيف الخصمين جميعا فلا بأس بذلك، ولا ينبغى له أن يجيب أحدهما فى غيبة الآخر إلا أن يظهر له اللدد من الخصم الغائب أو لا يعرف وجه خصومة المدعى فلا بأس أن يسأله عن ذلك ليعرف حقيقة أمره قاله المتيطى.

ومنها: أنه لا بأس أن يلقن أحدهما حجة عمى عنها، وإنما كره له أن يلقنه حجة الفجور. وصورة ذلك أن يقول لخصمه يلزمك على قولك كذا وكذا فيفهم خصمه حجته، ولا يقول لمن له المنفعة قل له كذا، وقال أشهب: للقاضى أن يشد عضد أحدهما إذا رأى منه ضعفا أو يراه يخافه لينشط وينبسط أمله في الإنصاف، وقال ابن عبدالحكم: لا بأس أن يلقنه حجة لا يعرفها، وخالف سحنون أشهب وابن عبدالحكم بما قالاه، وقال ابن الماجشون: وينبغى للقاضى تنبيه كل خصم على تقييد ما ينتفع به من قول خصيمه إن غفل ولا ينبه بعضا دون بعض؛ من «مفيد الحكام» وإذا أقر أحد الخصمين فليقل لخصمه هات قرطاسك أكتب لك قوله، ولا ينبغى له ترك ذلك، وليفعل ذلك بجميع الخصوم.

ومنها: فى «معين الحكام»، قال محمد بن حارث فى محاضرة: يجب على القاضى أن يقول للطالب من أين وجب لك ما أدعيت، فإن قال من سلف أو بيع أو ضمان لم يكلفه أكثر من ذلك انتهى، يعنى -والله أعلم- أن القاضى لا يكلفه

أن يذكر له كيف كان عقد السلف، وأى شيء كان المدفوع إليه، أو كيف كان عقد البيع، وزاد ابن راشد فيما نقله عن ابن حارث قال: وإذا ذكر المدعى دعواه ولم يكشف عن وجه ذلك فتلك غفلة منه أو جهل بوجه الحكم، لأنه إذا أبهم ذلك قد يكون من وجه لا يحل، فيكون القاضى بترك ذلك كالخابط خبط عشواء يعنى فى الأمور على رأى أهلها وهم الجهال الذين لا يعرفون حلالا ولا حراما، قال ابن راشد: ظاهر كلامه هذا أن ذلك لازم للقاضى وإن لم يسأله المطلوب، وفى القسم الثالث في ذكر الدعاوى في الشرط الأول من شروط صحة الدعوى شيء من هذا المعنى من كلام المازرى فتأمله مع هذا، قال ثم يقول القاضى للمطلوب: أجبه، فإن أبى أن يجيبه جوابا مفسرا اضطره إلى ذلك، فإن قال: دعنى أتثبت وأتفكر فما تفكرته أجبت به، فمن حقه أن القاضى يمهله لذلك ويضرب له فيه أجلاً غير بعيد.

ومنها: أنه يحكم بين الخصوم الأول فالأول ويقدم المسافرين والمضرورين ومن له مهم يخاف فواته، فإن كان يشق عليه معرفة الأول فالأول، فإنه يأمر من يكتب أسماءهم على ترتيب وصولهم ويدعو الأول فالأول، قال المازرى: وإذا قلنا: إنه يبدأ بالأسبق فالأسبق فقد قال بعض أصحاب الشافعى: إن الأول يقدم فى خصامه مع واحد فقط لا فى سائر مطلبه مع خصومه. قال: وهذا عندى مما ينظر فيه، فإن سبق بخصمين سائر المتخاصمين ففرغ من طلب أحدهما ثم أراد أن يخاصم الآخر وذلك مما لا يطول ولا يضر بالجماعة الذين بعده فإنه يمكن من ذلك كما لو خاصم الأول وطالب خصامه معه فإنه ليس من حق الذين أتوا بعده أن يمنعوه، وربما كان خصام الاثنين كخصام واحد تطور معه مخاصمته.

ومنها: إذا قرر أحد الخصمين صاحبه على ما يدعيه ألزمه الجواب بالإقرار أو الإنكار ما امتنع من الجواب أمر القاضى بضربه بالدرة على رأسه حتى يجيب. وسيأتى الكلام على ذلك فى فصل يختص به.

ومنها: إذا شتم أحد الخصمين صاحبه زجره، قال ابن الماجشون ومطرف: وإذا أسرع إليه بغير حجة مثل قوله: يا ظالم يا فاجر، ونحو ذلك زجره عنه، ويضرب

فى مثل هذا إلا أن تكون فتنته من ذى مروءة فينهاه. قال ابن عبد السلام فى قول ابن الحاجب: ويجب عليه أن يؤدب أحد الخصمين إذا أساء على الآخر بما يستحقه؛ ظاهر هذا أن القيام والحق فيه لله تعالى فلا يحل للقاضى تركه لأن السباب انتهاك لحرمة مجلس القاضى والحكم، إلا أن الفقهاء لا يعدون تكذيب أحدهم للآخر من السباب، ولو كان بصيغة «كذبت» وشبهها من الصريح، وفى «البيان» خلافه، وقد ذكرته فى «باب التعزيز».

ومنها: إذا قال الخصم للشاهد: شهدت على بالزور وقصد أذاه نكل بقدر حاليهما، وإن كان عنى أن الذى شهدت على به باطل لم يعاقب يعنى أنه باطل فى نفس الأمر لكونه أدى الدين المشهود به عليه مثلاً، وليس له بينة على الأداء، ونحو ذلك وكذلك يؤدب أحد الخصمين إذا أساء على الشهود أو أهل الفتوى أو عرض لهم بما يؤدبهم أدبًا موجعًا، قاله ابن لبابة وابن غالب وابن وليد وغيرهم، ويلزمه أن يأمر الخصمين إذا جاء الشهود لأداء الشهادة عليهما بالسكوت وأن لا يتعرض للشهود بتوبيخ ولا تعنيت، فإن فعلا ذلك أو فعله أحدهما بعد نهى أدب، والعقوبة فى ذلك بحسب القائل والمقول له والقول، وإنما يمكنه من إثبات القدح فى شهادته خاصة على ما سيأتى بيانه، وفى «مفيد الحكام» لابن هشام: أن من شتم رجلاً فى مجلس الحاكم ضرب عشرة أسواط.

ومنها: إذا نهى الحاكم أحد الخصمين عن الكلام فلم يفعل وأتى بالحجج ليخلط على صاحبه ويمنعه من الكلام ويكثر معارضته فى كلامه أمر القاضى بأدبه؛ من «مفيد الحكام».

ومنها: أن الشاهد إذا غلط فى مجلس القاضى فى نص الشهادة فعلى القاضى أن يأمر الخصمين أن لا يعرضا له المدعى بتلقين ولا المدعى عليه بتوبيخ فإن فعل أحدهما ذلك بعد النهى أمر بأدبه. قال سحنون: وكان سحنون إذا غلط عنده الشاهد فى شهادته أعرض عنه وأمر الكاتب أن لا يكتب وربما قال له: تثبت ثم يردده، فإذا ثبت على شهادته أمر كاتبه فكتب لفظ الشهادة ولا يزيد ولا ينقص ولا يحسن الشهادة.

ومنهـا: قال أشـهب عن مالك فى الحـاكم يكتب الشـهادة أو الأمـر يريده من الخصمين فى كتاب ويختمه ويدفعـه إلى صاحبه ثم يؤتى به فيعرفه بخاتمة أترى أن يجيز ما فـيه بغير بينة على أنه خاتمه، فقـد تمثل الخواتم؟ قال: هو أعلم، وأحب إلى أن يكون الكتاب عنده، قال أصبغ: يجيزه إذا عـرفه وعرف خاتمه؛ من «مفيد الحكام».

ومنها: أنه يمنع ذات الجمال والمنطق الرخيم أن تباشر الخصومة ويأمرها أن توكل وكيلاً، وقال المازرى: إذا كانت الدعوى على امـرأة شابة ذات جمال وخاف عليها إن تكلمت أن يؤدى سـماع كلامـها إلى الشغف بهـا، فإنهـا تؤمر أن توكل، ولا يكون من حق الخصم أن يؤتى بهـا إلى مجلس القضاء، وإن احتـيج إلى أن يبعث إليها وهى بدارها تخاطب من وراء سترها من بعثه القاضى إليها ممن يؤمن فى دينه فـعل ذلك، ويكلـف القـاضى من يثق بدينه وورعـه الـنظر فى أمـرها وسـماع حكومتهـا، وقد أحضرت الغامـدية إلى النبى ﷺ حتى أقرت بالزنا فأمر برجـمها وقال عليـه الصلاة والسـلام فى المرأة الأخرى: «**واغـد يا أنيس على امرأة هذا فـإن اعترفت فـارجمها**» فلم يأمر بإحضارها لسمـاع ذلك منها، ولعلها كانت على حال لا يحسن إحضارها وخطابها بمحضر الناس.

ومنها: أنه يجـيب الغريم إذا سـأله رفع غريمه إن كان فى المصـر أو فيمـا قرب منه، فإن كـان بعيدًا لم يأمر برفـعه حتى يثبت الحق عنده ولو بشـاهد، والقرب؛ قيل: قـدر ثلاثة أميـال وتحديد ذلك مـذكور فى القـسم الثالث فى باب العـقوبة بالسـجن، وفى «تنبيـه الحاكم على مـآخذ الأحكام»، قـال: وينبغى له إذا سـأله الطالب رفع غريمه أن يسأله عن الوجه الذى يستوجب به رفعه، فإن أظهر حجة أو قولاً يوجب ذلك إجابة وإن لم يظـهره على شئ فلا يبعث لذلك أحد، لا سـيما فى المواضع التى تبـعد، ولأن حضـور مجلس الحـاكم يزرى ببعض الناس، فـقد يكون له غرض فى اذايتـه وذلك مذكور فـى القسم الثالث، قـال: وإذا كان على خصمه كلفة فى ارتفاعه إلى مجلس الحاكم فلا يبعث له إلا بعد التوثق، وقد كان سحنون لا يكـتب بجلب أحد إلا بعد أن يـقيم الطالب عنده شـاهدا عدلا أو من يزكى، فإذا تعين عند القـاضى رفع المطلوب نظر فإن كان فى المصـر أو بقربه على

الأميـال اليسيـرة كالثلاثـة ونحوها دفع إلى الطالب طابعًـا، وأشخص معـه عونًا وأجرته تقدم حكمها فى الفصل الثانى، وإن كان موضعه بعيدًا فاختلف فى ذلك، فقيل: يكتب برفعه والبعيد مازاد على مـحل القرب، فقيل: إن كان بعيدًا نائبًا فلا يبعث إليه بالقدوم وليكتب إلى أهل العدل والأمانة بموضعه فيأمر من يكتب إليه أن يجـمع بين الطالب والمطلوب ويأمـرهما بـالتناصف، فإن أبيـا فلينظر فى دعـوى الطالب، فإن رأى لها وجهًـا ولم يتهمه بإرادة تعنيته فـيلزم المطلوب الشخوص مع الطالب، وإلا لم يكلفه الشخوص معه؛ حكى ذلك عن أصبغ قال: وهذا إذا كان الموضع الذى يشـخص إليه لا مـؤنة فيه عـلى المطلوب ولا على الطالب ولا على البينة، فأما المكان البعيد من موضع القاضى فلا يكتب برفع المدعى عليه، وليكتب إلى من يثق به فى فهمه ودينه أن ينظر فيـما يدعى الطالب ويسمع من بينته وينظر فى منافعهـما وجميع أمورهما ثم يرفع ذلك إلى القـاضى ويخبره بما ثبت عنده أو رآه فى قضيتهما لينظر فيه فإذا نظر القاضى فيما جاءه من الذى كتب إليه ورأى أن يكتب إليه بإنفاذ الحكم فعل، وإن رأى أمرًا يوجب رفع الخصمين إليه بذلك، فإذا بلغه ذلك كتب القـاضى إلى أمنائه يأمرهم بسد بابه، وتعقل عليه ضـياعه، ويمنع من منافعه حتى يحـضر مع غريمه، قال: ولا تشخص البينات والخـصوم مع البعد كستين ميلا ونحوها.

ومنها: أن من قام بشكية بغـير حق أو ادعى باطلاً فينبغى أن يؤدب وأقل ذلك بالحبس؛ ليندفع بذلك أهل الـباطل واللدد عن ذلك؛ ذكره ابن سهل فى «شـهادة السماع فى الأحباس».

ومنها: أنه إذا لمزه أحد الخصمين بما يكره، فقال له: ظلمتنى وأراد أذاه فليعزره إذا كان القاضى من أهل الفضل، والعقـوبة فى مثل هذا أمثل من العفو، وهذا فى اللمـز، وأما إذا صرح بالإسـاءة على القاضى فظـاهر كلام مالك أن هذه المسألة يجب فيها تأديب القائل؛ قاله ابن عبد السلام. قال ابن حبيب: وينبغى له أن يعزر لنفسه لئلا يستهان به وليخف الناس بلزوم الحق واتباعه.

ومنها: إذا توجه الحق لأحد الخصمين فتـغيب خصمه فطلب من الحاكم رسولاً يعينه على طَلبه فيجب على الحاكم إجابته إلى ذلك.

ومنها: أنه لا يسأل الخصمين إذا دخلا عليه من المدعى منهما بل يسكت حتى يبدأ أحدهما بالكلام، وقال بعضهم: يسألهما، قال ابن أبى زمنين: وهو شأن حكام العدل. وقال المازرى: هو بالخيار إن شاء سكت عنهما حتى ينطق أحدهما ويستدعى من القاضى الجواب، وإن شاء سألهما جميعًا بلفظ التثنية فقال: مالكما وما حاجتكما، ولا يخص أحدهما بسؤال لأن سؤال أحدهما يشعر بعناية القاضى به وقبوله عليه دون خصمه، والقاضى مأمور بالعدل بينهما فى مدخلهما إليه، فلا يأذن لأحدهما قبل الآخر، وفى مخرجهما عنه فلا يصرف أحدهما قبل الآخر، وفى لحظه وقبوله بوجهه عليهما وفى كلامه لهما، وقد نزل ضيف بعلى بن أبى طالب -رضى الله تعالى عنه- فخوصم عنده فأمر ضيفه أن يتحول عنه من منزله. وإذا قلنا أنه يبدؤهما بالسوال فإن قال كل واحد منهما: لست مدعيًا، أقامهما حتى يأتى أحدهما بخصمه فيكون هو الطالب، فإن تنازعا فيمن هو المدعى نظر إلى الطلب فإن لم يعرفه أو لم تقم بينة لأحدهما أنه هو الذى دعا صاحبه إلى الحاكم أمرهما بالانصراف، فمن أبى إلا المحاكمة فهو المدعى، فإن تنازعا معًا أقرع بينهما على القول أن القاضى بالخيار فيمن يبدأ منهما، وإن كان القول الأول أظهر، فقد أشار ابن عبد الحكم مع هذا التخيير إلى أن القاضى يبدأ بأضعفهما، وحكى ابن المنذر قولين آخرين؛ أحدهما: أن يتركا إلى أن يصطلحا، والآخر: أن يستحلف كل واحد منهما لصاحبه، واستضعف المازرى هذين القولين بأنهما قد لا يصطلحان وبأنهما قد يتنازعان فيمن يبدأ منهما باليمين، وفى «المجموعة»: أن أحد الخصمين إذا قال: أنا المدعى وسكت الآخر؛ فإن للقاضى أن يسأل المدعى عليه إذا سكت الآخر عن إنكار قوله أنه هو المدعى، قال: وأحب إلى أن لا يسأله القاضى حتى يسلم له الآخر نطقًا.

ومنها: أن القاضى لا يستحلف المدعى عليه إذا أنكر إلا بإذن المدعى إلا أن يكون من شاهد الحال، ما يدل على أنه أراد ذلك من القاضى، وقد ذكر عن بعض القضاة أن رجلاً ادعى على آخر ثلاثين دينارًا فأنكر المدعى عليه فاستحلفه القاضى فقال للطالب: لم آذن فى هذه اليمين، ولم أرض بها ولابد أن تعاد اليمين، فأمر القاضى غلامه أن يدفع عن المطلوب من ماله ثلاثين دينارًا كراهة أن

يكلفه اعادة اليمين التى قضى عليه بها، وإذا استحلفه له فلا بد من حضور المحلوف له أو كيله فإن تغيب وثبت تغيبه عند القاضى أقام القاضى من يقتضيها.

ومنها: فى «معين الحكام»: وإذا ذكر المدعى دعواه كلف الخصم الجواب عنها مكانه إن فهمها وأحاط بها علمًا وإن كان فيها إشكال أو طول أمهل بحسب ذلك، فإن امتنع بعد ذلك كله من الجواب أكره بالسجن والأدب، ويكون ذلك كله فى فور واحد، فإن استلج فى الإباية والتمادى عليها عد ذلك كله منه إقرارا بحق الطالب وقضى له بلا يمين.

ومنها: إذا توجه الحق على المطلوب فسأل تأخيره أيامًا لينظر فى ذلك أنظره القاضى بما يراه من ذلك على حسب اجتهاده. وهذا مذهب سحنون فى تأخير الغريم بغير إذن رب الحق، وهو دليل ما فى كتاب الشفعة من «المدونة» فى تأخير ثمن الشقص المستشفع فيه ثلاثة أيام وسيأتى هذا.

ومنها: أنه إذا حبس الغريم المجهول الحال فادعى الفقير فلا يكلفه القاضى البينة بأنه لا مال له، وإنما يسأل القاضى عنه أهل الخبرة به والمعرفة، فإن لم يجد له مالاً حلفه وخلى سبيله؛ قاله ابن رشد فى «البيان». قال: وهذا فى مجهول الحال وأما إن حبسه للتهمة أنه أخفى ما له فلا يكتفى إلا بالبينة؛ انتهى. وأما معلوم الملاء فلا يقبل منه بينة إلا بذهاب ما بيده؛ ذكره اللخمى.

ومنها: أنه يستحب لـلقاضى أن يراقب أحوال الخصوم عند الإدلاء بالحجج ودعوى الحقوق، فإن توسم فى أحد الخصمين أنه أبطن شبة أو اتهمه بدعوى الباطل إلا أن حجته فى الظاهر متجهة، وكتاب الحق الذى بيده موافق لظاهر دعواه، فليتلطف القاضى فى الفحص والبحث عن حقيقة ما توهم فيه، فإن الناس اليوم كثرت مخادعتهم واتهمت أمانتهم، فإن لم ينكشف له ما يقدح في دعواه فحسن أن يتقدم إليه بالموعظة إن رأي لذلك وجهًا ويخوفه الله سبحانه وتعالى ويذكره قوله: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ﴾ [البقرة: ١٨٨]، فإن أناب وإلا أمضى الحكم على ظاهره، إن تزايدت عنده بسبب الفحص عن ذلك شبهة فليقف ويوالى الكشف ويردده الأيام ونحوها ولا يعجل فى الحكم مع قوة الشبهة،

وليجتهـد فى ذلك بحسب قدرته يتبين له حقيقـة الأمر فى تلك الدعوى أو تنتفى عنه الشبهة من «تنبـيه الحاكم على مآخذ الأحكام» لأبى عبد الله محـمد بن عيسى بن محمد بن أصبغ الأزدى الشهير بابن المناصف -رحمه الله تعالى.

ومنها: قال المتيطى: ينبغى للقاضى موعظة الخصمين وتعريفهما بأن من خاصم فى باطل فإنه خـائض فى سخط الله تعالى، ومن حلف ليـقتطع مال أخيـه بيمين فاجرة فليـتبوأ مقعـده من النار. ويعظ الشهود أيضًا كمـا روى عن شريح أنه كان يقول لمن يشهد عنده: إنما يقضى على هذا المسلم أنتما بشهادتكما، وإنى متقٍ بكما من النار، فاتقيا الله والنار.

ومنها: أنه ينبغى له أن يسهل إذن البينات ولا يمطلهم فيتفـرقوا فيعسر جمعهم، وربما أدى ذلك إلى ضجـر صاحب الحق فيـترك حقـه أو بعضه بالمصـالحة عنه لما يدركه من المشـقة. قـال ابن سهل: ولهذا رأيت بعض القـضاة يأمـر أول جلوسه بإدخال البينة ويســمع منها، قال: وقد قال من حضـرنى ممن عنى بالعلم كان فلان ابن فلان ممن امـتحن بالخصـومة وكان يقـول: نقل الجبال -عـنده- أيسر من نقل البينة، يعنى إلى مجلس الحاكم، فإذا حضروا آنسهم وقربهم وبسطهم وسألهم عن شهادتهـم فإذا كانت تامة قيـدها وإن كانت ناقصة سـألهم عن بقيتـها، وإن كانت مجملة سألهم عن تفـسيرها، وإن كانت غير عاملة أعرض عنها إعـراضًا جميلاً، فأعلم المدعى أنه لم يأت بشىء.

ومنها: أنه لا يسمع الدعوى فى الأشـياء التافهة الحقيرة التى لا يتـشاح العقلاء فيها كعشر سمسمة؛ قاله القرافى.

ومنها: قال ابن سـهل: يجب على القاضى إذا حضر عنده الخصـمان أن يسأل المدعى عن دعواه ويفهـمها عنه، وإذا كانت دعوى لا يجب بـها على المدعى عليه حتى أعلمـه بذلك، ولم يسأل المدعى عليـه عن شئ وأمرهمـا بالخروج عنه، وإن نقص من دعواه ما فيـه بيان مطلبه أمره بتمامه، وإن أتى بإشكال أمـره ببيانه، فإن صحت الدعوى سأل المطلوب عنها فإن أقر أو أنكر نظر فى ذلك، وإن أبهم جوابه أمره بتفسـيره حتى يرتفع الإشكال، وقيد ذلك عنهما إن كان فـيه طول والتباس، وإن كان أمـرًا قريبًا لم يحـتج إلى تقيـيده، ولا يدع الحكام أخذ الخـصوم بذلك،

وقال المازرى: إذا صدرت الدعوى من المدعى فهل يجب على القاضى أن يسأل المدعى عليه عن الجواب قبل أن يأذن له المدعى فى ذلك أم لا، وقد ذكر أن عيسى ابن أبان لما ولى قضاء البصرة وهو ممن عاصر الشافعى -رحمه الله تعالى- قصده أخوان كانا ممن يتوكلون فى أبواب القضاة فادعى أحدهما بشئ على الآخر فقال القاضى للآخر: أجبه، فقال له المدعى عليه: من أذن لك أن تستدعى الجواب على؟ فقال له المدعى: لم آذن لك فى ذلك، فوجم القاضى فقال له: إنما أردنا أن نعلمك مكاننا من العلم، قال المازرى - رحمه الله تعالى: وهذه مناقشة ليس تحتها كبير فائدة، لأن المفهوم من جهة العوائد وشواهد الحال أن إحضار الخصم والدعوى عليه يغنيه عن النطق بسؤال القاضى، والأصل أنه لا يجب على القاضى استعلام ما عند المدعى عليه دون إذن من المدعى، لكن العادة فى مثل هذا تقوم مقام سؤال القاضى، وهذا هو الظاهر من مذاهب العلماء. وهو أظهر الروايات، وأن للقاضى أن يسأله وإن لم يقل المدعى للقاضى: اسأله لى الجواب؟ اكتفاءً بشهادة الحال، ومعلوم أن ذلك مراد المدعى وإن لم ينطق به.

ومنها: أن الغريم إذا دعا غريمه فلم يجبه أدبه وجرحه إن كان عدلاً، فإن تغيب شدد القاضى عليه فى الطلب، وأجرة الرسول على الطالب، فإن تغيب المطلوب وتبين لدده فالإجارة عليه، ونحو ذلك للخمى. وقال ابن الفخار: لا يلزم المدعى عليه شئ والمرجع عندهم الأول؛ انظر «أحكام ابن سهل». والمسألة مبسوطة فى باب «القضاء بالنكول» عن مجلس الحاكم، وفى «مفيد الحكام» لابن هشام من استهان بدعوة القاضى أو الحاكم ولم يجب ضرب أربعين.

ومنها: أنه ينظر فى دعوى المدعى فإن كانت مسموعة أمر المدعى عليه بالجواب، وإن كان فى دعواه طول أمره بتقييد مقالته ثم يأمر المدعى عليه برد الجواب فى الحال إن كان ممن يفهمها وإلا أنظره بقدر ما يرى أنه يفهمها، وإن كانت طويلة مشتملة على فصول وسأل المدعى عليه أن يكتب له بها نسخة ليفهمها أجيب إلى ذلك، وإن كانت ألفاظها يسيرة مفهومة لم يجب إلى ذلك.

ومنها: قال ابن المواز - رحمه الله تعالى: وإن سأل المشهود عليه أن تنسخ له شهادات الشهود فذلك له لأنه قادر على أن يسألهم ويذكرهم، فإن ذكروا ما

ذكرهم فعليهم أن لا يرجعوا ولا يضر ذلك شهادتهم الأولى إلا أن يرجعوا عن شئ فيها فيقبل منهم رجوعهم ما لم يحكم بها؛ من «رسالة القضاء».

ومنها: أنه ينبغى له أن يمنع من رفع الصوت عنده، فإن ذلك مما يبرمه ويضجره ويحيره.

ومنها: فى «مختصر الواضحة»: وينبغى للقاضى إذا شهد الشاهد عنده أن يكتب شهادته واسمه ونعته وقبيلته ومسكنه ومسجده الذى يصلى فيه والسنة والشهر الذى شهد فيه، ثم يرفع ذلك عنده، ويرفعه فى ديوانه، فقد يحتاج المشهود له إلى شهادته، فربما زاد الشاهد فيها أو نقص، وفائدة تسميته ونعته أنه لا يتسمى له أحد بغير اسمه ممن هو فى الناس عدل إذا سأل عنه وبعث بالسؤال إلى مسجده ومسكنه بالاسم والنعت والنسب.

ومنها: أنه لا يحلف الشاهد لأنه إن كان عدلاً فإنما يجوز الشهادة بعدالته وإن كان غير عدل فيمينه لا تجيز شهادته، وسيأتى فى «باب القضاء بالسياسة» فى «كتاب الأقضية» ذكر تحليف الشهود.

تنبيه: فى «مختصر الواضحة»: ولا ينبغى للقاضى أن يجيز بين الناس شهادات وجدها فى ديوانه لا يعرفها إلا بطوابعها، ولكن إن كان خطها هو بنفسه أو خطها كاتبه وكان عنده عدلا مأمونا ولم يستنكر شيئًا فلينفذها؛ قاله مطرف وأصبغ وابن الماجشون، وقاله ابن حبيب.

مسألة: قال ابن حبيب: أخبرنى أصبغ عن أشهب عن مالك: أنه سئل عن القاضى يكتب شهادة القوم فى الكتاب يريد من أمر الخصمين ثم يختم عليه ويدفعه إلى صاحبه ثم يؤتى به فيعرفه بخاتمه، أترى أن يجيز ما فيه بغير بينة لأنه خاتمه والخواتم ربما عمل عليها؟ فقال مالك -رحمه الله: هو أعلم، وأحب إلى أن يكون الكتاب عنده، وقد كان الكثيرى لا يلى كتبه غيره، وقال لى أصبغ: وأرى أن يجيز ما فى الكتاب إذا عرفه وعرف خاتمه.

مسألة: قال ابن الماجشون: العمل عندنا أن يسمع القاضى من بينة الخصم ويوقع شهادتهم حضر الخصم أو لم يحضر، فإذا حضر الخصم قرأ عليه الشهادة

وفيها أسماء الشهود وأنسابهم ومساكنهم فإن كان عنده فى شهادتهم مدفع أو فى عدالتهم مجرح أطرده ذلك وإلا ألزمه القضاء، وإن سأله أن يعيد عليه البينة حتى يشهدوا بمحضره فليس له ذلك، ولا ينبغى للقاضى أن يجيبه إلى ذلك، ولو سأله الخصم ابتداءً أن لا يسمع من بينة صاحبه إذا أتى بها إلا بمحضره، فإن خشى القاضى عليه دلسة أو استرابة ورأى أن اجتماعهم أجمع للفصل وأبرأ من الدخل فليجبه، وإن أمن من ذلك فلا يجبه، ولو أجابه حين سأله ذلك عن غير شىء خافه عليه فليمض ذلك لاختلاف الناس فيه، فقد قال بعض العراقيين: لا يكون إيقاع الشهود إلا بمحضر الخصم المشهود عليه، وقال لى مطرف وأصبغ مثله؛ قاله ابن حبيب فى «مختصر الواضحة»، قال فضل بن سلمة: وسحنون لا يرى إيقاع الشهادة إلا بمحضر من الخصم إلا أن يكون الخصم غائبًا غيبة بعيدة، قال ابن سهل: والأحسن أن يشهد الشهود بمحضر المطلوب إن كان حاضر البلد أو قريب الغيبة، ولسحنون فى «العتبية»: إن قصر القاضى فى إحضار الخصم عند الشهادة عليه ثم سأله المطلوب إعادتها فأرى أن يعيدها إلا أن لا يقدر على ذلك لغيبة البينة فليدع شهادتهم بما يقدر عليه ويصير كالبعيد الغيبة، وهذا مذهب سحنون كما تقدم ذكره، فى «كتاب ابن المواز»: إن كان قريبًا فليحضره حتى يشهدوا عليه أو يحضر وكيله، وقد يذكرهم أمرًا ينفعه فإن لم يفعل جاز ثم إذا أحضره أخبره بشهادتهم، وإذا أمر القاضى المشهود عليه أن يحضر يوم كذا لتقع الشهادة بحضرته وأشهد عليه خصمه بذلك يحضر فليسمعها الحاكم عليه فى غيبته، ويقرها عليه إذا حضر، ولا يعيد له الشهود؛ قاله ابن عبد الحكم فى «رسالة القضاء».

مسألة: وإذا قال المشهود عليه للقاضى: أعرض على شهادتهم فإن كان فيهما ما لا يرضينى دفعته، فيلزم القاضى ذلك، قيل لابن القاسم: فيكون ذلك بغير محضر المشهود له؛ قال: ما أبالى حضر أو لم يحضر، قال أصبغ: مثله، وقال ابن رشد: وهذا مما لا أختلف فيه لأن من حق المشهود عليه أن يعرض عليه ما شهد به عليه ويعذر إليه فيه، ولا حق للمشهود له فى أن يكون ذلك بحضرته، كما أنه لا حق للمشهود عليه أن يشهد الشهود بحضرته.

مسألة: وإذا حكم القاضى على الغائب ولم يسم الشهود الذين حكم بهم ثم قدم الغائب وأراد أن يبتدىء الخصومة، وقال: لو عملت من شهد على لرددت شهادته كان ذلك من حقه، وسيأتى ذلك مبسوطًا فى فصل الحكم على الغائب.

فصل: فى القاضى يسمع بينة أحد الخصمين ثم يريد رفعهما إلى حاكم آخر، فى «أحكام ابن سهل» فى رجل قام بكتاب فيه حق على امرأة، فأنكرت ذلك الحق، فأتى ببينة فلم يعرفهم الحاكم، فقال له الطالب: إن كنت لم تعرفهم ولست أقدر على تعديلهم فدعنا نمضى إلى غيرك من الحكام، فقالت المرأة: وكيف بعد أن أنكرت وأتى ببينة لم تعرفهم ولم تقبلهم، وأنا أرجو أن تعجزه وتقطع عنى طلبه وتعنيته، وكيف تخرجنا من عدلك إلى من ليس مثلك من الحكام، فشاور القاضى فى ذلك وسأل عنه، فقال ابن لبابة: هذا إلى اجتهاد الحاكم إن كانت بينة يشبه مثلها أن يقبلها حاكم ويردها آخر فلا بأس أن يأذن للطالب فى الذهاب لغيره، فلعل حق الرجل يصح عند غير هذا الحاكم، وإن كانت بينة ضعيفة لا يرجى قبول مثلها فلا يدعهما يمضيان إلى غيره ويستمر فى نظره، قال ابن سهل: وهذا من لحن الفقه ولو سوغ للناس هذا وشبهه لكان عونًا على التشغيب وتطويل الخصام على المطلوب، وهم لا يجيزون للطالب التوكيل على الخصام بعد مجالسة المطلوب عند الحاكم مرتين أو ثلاثًا وانعقاد المقالات، إلا لعذر بين للحاكم من مرض مثبت أو سفر خطر، وقد أجازوا تحكيم المتداعيين رجلاً يحكم بينهما وينفذ حكمه عليهما، فهذا الذى قاله ابن لبابة لا ينبغى ألا يقول به أحد ولا يبيحه حاكم مع ما فيه من إذلال الحكام والاستخفاف بهم، فلا ينبغى للقاضى أن يصرف من ابتداء التحاكم عند رجاء أن يظهر حقه عند غيره، بل يعجزه إن عجز ويقطع عن المطلوب تعنيته ظهور حقه عنده، وأما بعد ابتدائه عند حاكم ثم يريد العدول عنه إلى آخر فغير سائغ له، وقد كان من ينزل به ذلك من الحكام بقرطبة يوكل بمن بلغه عنه مثل ذلك من يرده إليه لإتمام تحاكمه لديه، وهو الذى لا ينبغى غيره ولا يسامح فيما سواه، وللمازرى فى «شرح التلقين» نحو ذلك، قال: وهل يمكن أحد المحكمين من الرجوع عن الرضا بقول المحكم؟ فيه خلاف، بخلاف القاضى من قبل الإمام الذى ينفذ حكمه على من كره، يعنى أنه ليس له الرجوع ولا عدم الرضا بتمام الحكومة عند الحاكم.

فرع: وفى «أحكام ابن سهل» أيضًا فى امرأة قامت عند القاضى بصداق لم يعرف من شهوده الذين قالوا: إنهم يعرفون عينها غير شاهد واحد، ورأى أن غيره لا يتعدلون فصرفها عن نظره، وقال لها: اذهبى إلى من شئت من الحكام فلعل غيرى يعرف بينتك، فاستحسن الفقهاء فعله وقالوا: رب حق لا يثبت عند حاكم ويثبت عند غيره. ويمكن الفرق بينهما بأن المسألة الأولى وقع فيها الدعوى والإنكار وانعقدت بينهما المقالات وسمعت البينة، وفى هذه المسألة لم يحضر معها غرماؤها بل رفعت أمرها إلى القاضى فوقف على كتابها ثم صرفها عن نفسه، والله أعلم.

مسألة: من هذا المعنى قال ابن سهل: يجوز استئناف الشهادة عند حاكم ثان إذا لم يشهد الحاكم الأول بقبولها ذكره فى شهادة رفعت إلى القاضى فى خصومة فلم يشهد القاضى بقبول تلك الشهادة لعلل دخلتها، واختلف أهل العلم فيها من أجل تلك العلل. فبقى الأمر كذلك حتى صرف الأمر بين المتنازعين إلى حاكم آخر، فبعث إلى الحاكم الأول أن يبعث إليه تلك الشهادة فسأل الحاكم الأول الفقهاء عن هذا فأجابوه: الذى نقول به على مذهب أصحابنا، وقولهم: إن ذلك لا يجب عليك لأنك لم تكن قيدت الشهادة بقول أشهدت به على نفسك فعلى من صار النظر إليه ابتداء النظر فى الخصومة، ولا يلزمك أن ترفع إليه الشهادة التى قيدت عندك.

مسألة: إذا رفعت قضية إلى الحاكم وأحضر المدعى شاهدًا واحدًا ثم صرف الأمير القضية عن ذلك الحاكم إلى حاكم آخر فنظر فيها ولم يتم نظره ثم ردت إلى الحاكم الأول لينظر فيها فلابد من إعادة الشاهد الأول ليؤدى شهادته، وذلك كنظر مبتدأ، فإن كان انصراف القضية عنه بغير أمر الأمير فشهادة الشاهد الأول مجزئة ولا تعاد؛ من «ابن سهل»، وهذا وما قبله يدل على أن للحاكم أن ينظر فيما نظر فيه غيره من الحكام مما لم يفصل فيه حكم.

مسألة: قال أصبغ: وإذا تواضع الخصمان عند القاضى الحجج، فأراد الحكم على أحدهما بما تبين من الحق فاستغاث بالأمير وهو جائز فأمره بترك النظر فى ذلك فحق عليه أن ينفذ له حكمه ولا ينظر فى قول الأمير إلا أن يعزله رأسًا، وإن كان ذلك فى مبتدأ أمرهما وقيل إن تبين له حق أحدهما فنهاه الأمير عن النظر فى

أمرهما فأرى أن ينتهى ويدعهما، وهذه المسألة تبين معنى المسألة التى قبلها أن الأمير ليس له أن يصرف القضية عن الحاكم إلى حاكم آخر بعد تمام نظر الأول؛ من «مختصر الواضحة».

مسألة: قال ابن حبيب: قال مطرف، فى القاضى يتواضع الخصمان عنده الحجج، فيقول لهما: اجتهدا فإنى لست أقيلكما: فيضعان حجتهما ويرفع ذلك فى ديوان القاضى ثم يريد أحدهما أن يتحول من حجته إلى حجة أخرى فإنى أرى له أن يقيل الناس من حججهم ولا يظفرها عليهم حججًا لا ينتقلون عنها إلى غيرها، لأن الرجل قد يضع حجته فيسقط منها كثيرًا نسيانًا لها أو عجلاً أو حصرًا إلا أن يستوعب أمر الخصمين بالكشف عن أمرهما ويعجزا أنفسهما ويقولا له: ليس عندنا من البينة والحجج إلا الذى وضعناه عندك، ثم إن القاضى وقف ليستشير فى ذلك فحينئذ إن بدا لأحدهما أن ينتقل عن حجته تلك إلى غيرها تكون أنفع له، لم يكن ذلك إلا أن يرى القاضى لذلك وجهًا ويثبت عنده عذره، فإن أتى ببينة وكان قد عجز نفسه عنها فإن رأى السلطان أن بينته تلك كانت غائبة غيبة بعيدة أو لم يكن يعرف بها قبل ذلك منه ونظر له ما لم يفصل الحكم بينهما، فحينئذ لا ينظر له فى بينته ولا يعذره بغيبتها ولا بما خفى عنه من أمرها، وكذا لو أراد أن يأتى بحجة لم يكن أتى بها أو يجرح من كان مكن من جرحه فلم يفعل لم يكن له شىء من ذلك ومضى أمره، وهذا الذى عليه أمر الحكام بالمدينة، وقاله أصبغ. وقال ابن القاسم وغيره من أصحابنا فى ذلك: هو الأمر عندنا. قال فضل بن سلمة: قال ابن عبدوس: وحكى ابن القاسم وغيره من أصحاب مالك أنه إذا أتى ببينة لم يكن علم بها أنه يقوم بها.

***

الفصل السابع
فى استخلاف القاضى

وإذا نهى الإمام القاضى عن الاستخلاف لم يكن له أن يستخلف، وإن أذن له فيه استخلف على مقتضى الإذن، فإن تجرد عقد التولية عن النهى والإذن جميعًا، فقال ابن الماجشون ومطرف وأصبغ: ليس لقاضى الخليفة استخلاف قاضٍ مكانه إذا كان حاضرًا يحكم ولا إن عاقه ما يعوق من الشغل. قال ابن رشد: وهذا إذا استخلف فى البلد الذى هو فيه ليكفيه بعض تعب الخصوم، وأما إن كان عمل القاضى واسعًا فيريد أن يقدم فى الجهات البعيدة فالمشهور الجواز، وقال ابن عبد الحكم: لابد من إذن الخليفة، وفى المازرى: قال ابن الماجشون إذا ولاه الإمام على ثلاثة كور لم يلزمه أن يدور عليهما وله أن يستخلف، وأما إن سافر القاضى قال فى «كتاب ابن حبيب»: أو مرض فله أن يجعل فى مكانه من يقوم مقامه وينفذ أموره ولا يكون متعديًا على من استقضاه، وقال سحنون: لا يستخلف وإن سافر أو مرض إلا بإذن الخليفة، وكأنه رآه وكيلاً مخصوصًا، وفى المازرى: فإن فعل فقضاء المستخلف لا ينفذ إلا إذا أنفذه القاضى الذى استخلفه.

مسألة: ولا يشترط فى نائب القاضى أن يكون بصفات القضاء المتقدمة إلا إذا كان مستخلفًا فى جميع الأحكام فحينئذ لابد أن يكون عالمًا بها، وإن استخلف فى شىء خاص مثل سماع الشهادة والنقل فلا يشترط إلا معرفته بذلك القدر خاصة.

مسألة: قال ابن راشد: ويجوز للقاضى أن يستخلف نائبًا على النظر فى المناكح وما يضاف إليها من فرض النفقات وعلى الحسبة وعلى النظر فى الأحباس ولا يحتاج فى شىء من ذلك إلى إذن الخليفة.

مسألة: وفى «مختصر الواضحة»، قال ابن حبيب: وإذا أرسل القاضى إلى الفقيه وقال: انظر بينهما ثم أمض ما ترى فذلك جائز ماضٍ، وكأنه إذا لم يكن له سلطان متصل يصحبه بعد ما يقوم من مجلس حكمه بمنزلة مشير أمضى القاضى رأيه فلزم، ألا ترى أنه لا يلزم له بعد أمر إلا بتجديد وأجل حادث من القاضى

وليس يسمى هذا قاضيًا ولا عاملاً ولا سلطانًا ولا مستخلفًا، وكأنه حكمه القاضى بينهما، قال فضل بن سلمة: وأبى ذلك سحنون، قال: لا ينفذ إلا أن يكون رفع ذلك إلى القاضى بعد ذلك فتركه فيكون كأنه أنفذه، قال فضل: وإنما قال سحنون هذا فى القاضى بحكم الرجل على النظر بين الخصمين وإرساله إلى الفقيه عندى أنه مثله فتدبره.

مسألة: وفى «وثائق ابن العطار»: ولا يسجل نائب القاضى بما ثبت عنده فإن فعل فلا يجوز تسجيله ويبطل ولا تقوم به للقائم حجة إلا أن يجيزه القاضى الذى استخلفه قبل أن يعزل أو يموت، وإن كانت استنابة القاضى لنائبه عن إذن الإمام ورأيه وكان ذلك مستفيضًا معروفًا مشهورًا كاشتهار ولاية القاضى، فللنائب على هذا الوجه أن يسجل وينفذ تسجيله دون إجازة القاضى، وليس لأحد رده ولا الاعتراض فيه بوجه من الوجوه، وإذا قلنا: إن النائب لا يسجل فإن له أن يسمع البينة ويشهد عنده الشهود فيما فيه التنازع، وله قبول من عرف منهم بعدالة، وتعقد عنده المقالات ثم يرفع ذلك كله إلى القاضى الذى استخلفه ويخبره به بحضرة شاهدين ليثبت بهما عند القاضى إخباره له، ويلزم القاضى حينئذ أن يجيز فعل نائبه وينفذ ما ثبت عنده ويسجل به للمحكوم له.

فصل: نائب القاضى ينعزل بموت القاضى، قال ابن عبد السلام: وعندى أن هذا صحيح إن كان استنابة بمقتضى الولاية على القول بأن له ذلك، وأما إن استناب رجلاً معينًا بإذن الأمير أو الخليفة فينبغى أن لا ينعزل النائب بموت القاضى ولو أذن له فى النيابة إذنًا مطلقًا من غير تعيين رجل، فاختار القاضى رجلاً ففى انعزال هذا النائب بموت القاضى نظر، وأما إذا مات الخليفة أو الأمير فلا ينعزل من قدماه للقضاء لأن ذلك كان مهما نظرًا للمسلمين ليس لهما فيه حظ، ولا يعزله إلا الخليفة الثانى أو الأمير الثانى.

***

الفصل الثامن
فى التحكيم

ومعناه أن الخصمين إذا حكما بينهما رجلاً وارتضياه لأن يحكم بينهما، فإن ذلك جائز فى الأموال وما فى معناها، ولا يقيم المحكم حدًا ولا يلاعن بين الزوجين ولا يحكم فى قصاص أو قذف أو طلاق أو عتاق أو نسب أو ولاء، وإنما استثنيت هذه المسائل من هذه القاعدة لاستلزامها إثبات حكم أو نفيه من غير المتحاكمين، ومن عدا هذين المتحاكمين لم يرض بحكم هذا المحكم، فاللعان يتعلق به حق الولد فى نفى نسبه من أبيه، فقد ينفيه هذا المحكم وليس له ولاية على الحكم فى هذا الولد، وكذلك النسب والولاء يسرى ذلك إلى غير المحكمين، ومن يسرى ذلك إليه لم يرض بحكم المحكم، وكذلك الطلاق والعتق فيهما حق الله تعالى، إذ لا يجوز أن تبقى المطلقة البائن فى العصمة، ولا أن يرد العتيق إلى الرق وإن رضى، والله تعالى لم يجعل النظر فى هذه الحقوق إلى هذا الرجل المحكم، وحيث قلنا لا يحكم فى هذه المسائل فلو حكم فيها بغير الجور نفذ حكمه وينهى عن العود لمثله، ولو أقام ذلك بنفسه فقتل أو اقتص أو ضرب الحد أدب وزجر ومضى ما كان صوابًا من حكمه وصار المحدود بالقذف محدودًا والتلاعن ماضيًا.

مسألة: ولا يشترط دوام الرضا إلى حين نفوذ الحكم بل لو أقاما البينة عنده ثم بدأ لأحدهما قبل أن يحكم فليقض بينهما ويجوز حكمه وقال أصبغ: لكل واحد منهما الرجوع ما لم ينشبا فى الخصومة عنده فيلزمهما التمادى فيها، كما ليس لأحدهما إذا ترافعا الخصومة عند القاضى أن يوكل وكيلاً أو يعزله، وقال سحنون فى «كتاب ابنه»: لكل واحد منهما الرجوع ما لم يفصل الحكم بينهما، وقال ابن الماجشون: ليس لأحدهما الرجوع كان ذلك قبل أن يقاعد صاحبه أو بعد ما ناشبه الخصومة وحكمه لازم لهما.

مسألة: إذا حكم المحكم فليس لأحد أن ينقض حكمه وإن خالف مذهبه إلا أن يكون جورًا بينًا لم يختلف فيه أهل العلم.

مسألة: قال اللخمى: إنما يجوز التحكيم إذا كان المحكم عدلاً من أهل الاجتهاد أو عاميًا واسترشد العلماء، فإن حكم ولم يسترشد رد، وإن وافق قول قائل لأن ذلك تخاطر منهما وغرر، وقال المازرى: لا يحكم إلا من يصح أن يولى القضاء، قال: وإذا كان المحكم من أهل الاجتهاد مالكيًا ولم يخرج باجتهاده عن مذهب مالك لزم حكمه، وإن خرج عن ذلك لم يلزم إذا كان الخصام بين مالكيين لأنهما لم يحكماه على أن يخرج عن قول مالك وأصحابه، وكذلك إن كانا شافعيين أو حنفيين وحكماه على مثل ذلك لم يلزم حكمه إن حكم بينهما بغير ذلك.

مسألة: وإذا حكم الخصمان عبدًا أو امرأة أو مسخوطًا أو صبيًا أو معتوهًا أو موسوسًا أو كافرًا أو مجنونًا فإن أحكام المجنون والموسوس والكافر لا تلزم بلا خلاف، واختلف فيمن عداهم، قال أصبغ: ورب غلام لم يبلغ له علم بالقضاء. قال المازرى: وفى «المذهب» فى ذلك أربعة أقوال: الجواز فى الجميع والمنع فى الجميع والجواز إلا فى المسخوط والصبى.

مسألة: فإذا حكم أحد الخصمين صاحبه فحكم لنفسه أو عليها جاز ومضى ما لم يكن جورًا بينًا، وليس تحكيم الخصم خصيمه كتحكيم خصم القاضى، قال أصبغ: لا أحب ذلك، فإن وقع مضى وليذكر فى حكمه رضاه بالتحاكم إليه، وقيل: لا يجوز حكم القاضى لنفسه، وقيل: يجوز.

***

الركن الثانى من أركان القضاء

المقضى به

وهو الحكم من كتاب الله تعالى فإن لم يجد فبسنة نبيه محمد رسول الله ﷺ التى صحبها العمل، فإذا كان خبرًا صحبت غيره الأعمال قضى بما صحبته الأعمال، وهذا معلوم من أصل مالك -رحمه الله- إذ العمل مقدم على خبر الآحاد، وكذلك القياس، عنده مقدم على أخبار الآحاد على ما ذهب إليه أبو بكر الأبهرى، فإن لم يجد فى السنة شيئًا نظر فى أقوال الصحابة فقضى بما اتفقوا عليه، فإن اختلفوا قضى بما صحبته الأعمال من ذلك، فإن لم يصح عنده أيضًا أن العمل اتصل بقول بعضهم تخير من أقوالهم ولا يخالفهم جميعًا، وقد قيل: له أن يجتهد وإن خالفهم جميعًا، وكذلك الحكم فى إجماع التابعين بعد الصحابة -رضى الله عنهم- وفى كل إجماع ينعقد فى كل عصر من الأعصار إلى يوم القيامة؛ لقول الله عز وجل: ﴿ **وَمَن يُشَاقِقِ الرَّسُولَ مِنْ بَعْدِ مَا تَبَيَّنَ لَهُ الْهُدَىٰ وَيَتَّبِعْ غَيْرَ سَبِيلِ الْمُؤْمِنِينَ نُوَلِّهِ مَا تَوَلَّىٰ وَنُصْلِهِ جَهَنَّمَ وَسَاءَتْ مَصِيرًا** ﴾ [النساء: ١١٥]؛ ولقول رسول الله ﷺ: «**لن تجتمع أمتى على ضلالة**»؛ ولقوله عليه الصلاة والسلام: «**يد الله مع الجماعة**»، فإذا ضمن الله تعالى حفظ الجماعة لم يجز عليهم الغلط والسهو، فإن لم يجد فى النازلة إجماعًا قضى بما يؤدى إليه النظر والاجتهاد فى القياس على الأصول بعد مشورة أهل العلم، فإن اجتمعوا على شىء أخذ به، وإن اختلفوا نظر إلى أحسن أقوالهم عنده، وإن رأى خلاف رأيهم قضى بما رأى إذا كان نظيرًا لهم، وإن لم يكن من نظرائهم فليس له ذلك. قال ابن حبيب: وهو قول فيه اعتراض، والصحيح أنه إذا كان من أهل الاجتهاد فله أن يقضى بما رأى، وإن كانوا أعلم منه، لأن التقليد لا يصح للمجتهد فيما يرى خلافه بإجماع، وإنما يصح له التقليد ما لم يتبين له فى النازلة حكم، وهذا على مذهب من يرى التقليد ويقول به، واختلفوا هل للمجتهد أن يترك النظر والاجتهاد ويقلد من قد نظر واجتهد أم لا والمجتهد من يعرف من القرآن والسنة ما يتعلق به الأحكام وخاصه وعامه ومجمله ومبينه وناسخه ومنسوخه ومتواتر السنة وغيره والمتصل والمرسل، وحال الرواة قوة

وضعفًا، ولسان العرب لغة ونحوا، وأقوال العلماء من الصحابة فمن بعدهم إجماعًا واختلافًا، والقياس بأنواعه على ثلاثة أقوال: **أحدهما**: أن ذلك له، **والثانى**: أن ذلك ليس له، **والثالث**: أن ذلك ليس له إلا أن يخاف فوات النازلة.

فصل: وأما إن لم يكن القاضى من أهل الاجتهاد ففرضه المشورة والتقليد، فإن اختلف عليه العلماء قضى بقول أعلمهم، وقيل بقول أكثرهم على ما وقع فى «المدونة» فى الحكاية عن الفقهاء السبعة، والأول أصح، وقيل: إن له أن يحكم بقول من شاء منهم إذا تحرى الصواب بذلك ولم يقصد الهوى، وله أن يكتفى بمشورة واحد من العلماء، فإن فعل ذلك فالاختيار أن يشاور أعلمهم، فإن شاور من دونه فى العلم وأخذ بقوله فذلك جائز إذا كان من أهل النظر والاجتهاد، وقد تقدم من كلام القاضى أبى بكر أن المقلد يقضى بفتوى مقلده فى عين النازلة، فإن قاس على قوله فهو متعد، وقال الشيخ أبو بكر الطرطوشى: أخبرنى القاضى أبو الوليد الباجى أن الولاة كانوا بقرطبة إذا ولوا رجلاً القضاء شرطوا عليه فى سجله أن لا يخرج عن قول ابن القاسم ما وجده، قال الشيخ أبو بكر: وهذا جهل عظيم منهم، يريد لأن الحق ليس فى شىء معين، وإنما قال الشيخ أبو بكر هذا لوجود المجتهدين وأهل النظر فى قضاة ذلك الزمان فتكلم على أهل زمانه وكان معاصراً للإمام أبى عمر بن عبد البر والقاضى أبى الوليد الباجى والقاضى أبى الوليد بن رشد والقاضى أبى بكر بن العربى والقاضى أبى محمد بن عطية صاحب التفسير وغير هؤلاء من نظرائهم وقد عدم هذا النمط فى زماننا من المشرق والمغرب، وهذا الذى ذكره الباجى عن ولاة قرطبة ورد نحوه عن سحنون، وذلك أنه ولى رجلاً القضاء وكان الرجل ممن سمع بعض كلام أهل العراق، فشرط عليه سحنون أن لا يقضى إلا بقول أهل المدينة ولا يتعدى ذلك، قال ابن راشد: وهذا يؤيد ما ذكره الباجى، ويؤيد ما قاله الشيخ أبو بكر، فكيف يقول ذلك والمالكية إذا تحاكموا إليه فإنما يأتونه ليحكم بينهم بمذهب مالك، وقد تقدم فى فصل التحكيم عن اللخمى: أن المحكم إذا كان مجتهدًا والخصام بين مالكين، فإن لم يخرج باجتهاده عن مذهب مالك نفذ حكمه، وإن خرج عن ذلك لم يلزم حكمه بينهما، فانظر تمام ذلك هناك، وذكر المازرى نحو ذلك.

مسألة: وإذا لم يوجد مجتهد وولى الإمام مقلدًا؛ فقال ابن الحاجب: يلزمه المصير إلى قول مقلد، وقيل: لا يلزمه، وقيل: لا يجوز إلا باجتهاده، فالقول الأول هو الصحيح، والقول الثانى يريد به إذا كان المقلد ممن له فقه نفس وقدرة على الترجيح بين أقاويل أهل مذهبه ويعلم منها ما هو أجرى على أصل إمامه مما ليس كذلك. وأما إن لم يكن بهذه المرتبة فيلزمه المصير إلى المشهور، قال ابن عبد السلام: ومن لم يكن بهذه المرتبة فيظهر من كلام الشيوخ اختلاف بينهم هل تجوز توليته القضاء أو لا؟ وأما القول الثالث وهو قوله: وقيل: لا يجوز إلا باجتهاده فقال ابن عبد السلام: معناه أنه لا تجوز تولية المقلد البتة، ويرى هذا القائل أن رتبة الاجتهاد مقدور على تحصيلها وهي شرط فى الفتيا والقضاء.

فصل: كثيرًا ما يوجد فى كتب المتأخرين والموثقين فى المسألة ذات الأقوال الذى جرى به العمل كذا، والذي جرى به القضاء واستمرت عليه الفتيا كذا، فهل يكون هذا مرجحًا لذلك القول حتى يجوز للقاضى العدول عن المشهور إلى هذا القول أولا؟ وهل له أن يختار أحد الأقوال فيقضى به أم لا؟ ووقع فى الفتوى لابن عبد البر من كلام الفقيه أبى محمد عبد الله ابن على بن سماوى فى جوابه عن مسائل مختلفة سئل عنها فى سؤال واحد، فأجاب: ورد سؤالك - وفقنا الله وإياك - مقتضيا جوابًا وهو إذا وجد لمالك - رضى الله عنه - قولان أو ثلاثة ولا يعلم المتقدم منها من المتأخر فالمقلد على ما يعتمد من ذلك، ومن حصل طرفًا من النظر فى طرق أدلة الاجتهاد هل له أن يرجح أحد الأقوال أو لا؟ قال السائل أيضًا: ومذهبى أن لا يلتفت إلى قول من قال بالتخيير بين الأقوال وهى عندى مسألة صعبة، قال: ولا أسلم قول من قال إذا اختلف أصحاب مالك فالقول قول ابن القاسم فى حق الذى يقلد أو يجتهد فيها على أصول المذهب أو على ما يقتضيه النظر، وإذا كان الترجيح بنوع من النظر مثل أن يقول: أصل مالك كذا، والذى يعتمد عليه مالك - رحمه الله - فى كثير من مسائله كذا، والواحد منها يوافق أصل المذهب وهو المعروف من فتواه، وهو الذى يعول عليه، أو يقول: القول الواحد من هذه الأقوال هو الذى جرى عليه العمل واستمر به الحكم، وهذا فيه ما فيه من ترك ذكر من جرى العمل باختياره فهل يعد هذا من الترجيح الذى يعول

عليـه فى هذه المسألـة أم لا؟ هذا كله وقع فى الجواب حكـاية لقول السـائل، ثم أجاب الشيخ عن ذلك وتكلم على المجـتهد وصفته وطريقتـه فى الفتوى ثم قال: وتقرر هنا أصلاً ينبنى عليه الكلام وهو أن المكلفين قسمان: مجـتهد وغير مجتهد، فتكلم على شروط المجتهد، ثم قال: وأمـا غير المجتهد وهو الذى ورد السؤال عنه فلمـا تعلقت الأحكام الشرعـية بأحكامـه وليس أهلاً لابتـداعها واسـتنباطهـا من مآخذها أوجب الشرع عليه الرجوع إلى قـول المجتهدين العدول، فنزل الشرع ظن المجتهد فى حقه كظنه لو كان مجتهدًا لضرورة العمل، وهذا أمر مجمع عليه.

والذى يجب الاعتمـاد عليه إذا تعارض نصان لمالك -رحمـه الله- أو لغيره من المجتـهدين أن ينظر إلى التاريخ فـيعمل بالمتأخـر، فإذا التبس التـاريخ عليه، يعنى وكان من أهل الفتيا، وقد قررنا أنه لا يفـتى فى مذهب الإمام إلا من كان مجتهدًا فى ذلك المذهب كمحمد بن المواز، والقاضى إسـماعيل، وأبى محمد بن أبى زيد ونظرائهم من المجتهـدين فى مذهب مالك، فمثل هؤلاء إذا أشـكل عليهم التاريخ فى مذهب مـالك فهم يعرفون أصـول من احتهـدوا فى مذهبه ومأخـذه وما ينبنى عليه مذهبه، فيغلب على ظنه المتقدم من المتأخر، لاطلاعهم على المذهب ومأخذه ومعرفـتهم أن أحد المأخذين أرجح من الآخر، فـيغلب على الظن أن الحكم الذى دل عليه المأخذ هو الراجح وأما من لم يبلغ رتبـة الاجتهاد فى المذهب، ورأى قول ابن القاسم رواية عن مالك، ورواية غيره عن مـالك أيضًا فليس له أن يجزم بقول ابن القاسم أنه المتأخر، لأنه ليس له رتبة الاجتـهاد فى المذهب، قال: وكان شيخنا شمس الدين إمام المالكية بالديار المصـرية أبو الحسن الأنبارى - قدس الله روحه - يرجح قول ابن القـاسم ويرى أنه المتأخر إلا فيـما شذ، وتقـرير هذه الطريقة على مذهب شيخنا - رضى الله عنه - أن نقـول: القولان والثلاثة موجودة فى المذهب وقد صارت هذه الأقوال الثلاثة هنا مثلاً بمنزلة النصوص المتواترة عن الشريعة، فإذا جهل التاريخ ونقل على ألسنة الآحاد المتقدم والمتـأخر فينسخ المتقدم، وصار النسخ هنا ظاهرًا بالظن، لأن الحكم هنا معلوم فلما التبس بعده اكـتفى فى التعيين بأخبار الآحاد، والمطلوب فى هذا المحل ما يغلب على الظن. وقول ابن القاسم هو روايته عن مالك فيما يغلب على الظن، وبيان ذلك أن ابن القاسم لزم مالكا - رضى الله

عنه - أزيد من عشرين سنة ولم يفارقه حتى توفى، وكان لا يغيب عن مجلسه إلا لعذر، وكان عالمًا بالمتقدم والمتأخر، والظن به مع ثقتنا بعلمه بمذهب مالك أنه يعلم المتقـدم من المتأخر، وأن الأول متـروك والمتأخر مـعمول به، وهو قد نقل مـذهبه للناس ليعـملوا به، والذى يعمل به هو المتأخـر دون المتقدم، ولو نقل قـول مالك مطلقًا لأورث وقفًـا وحيرة، ويعتـقد أنه ما نقل القول إلا ليعـمل به وانضاف إلى ذلك كثرة ورعـه فيغلب على الظن أنه المتأخر، إلا أن ينقل المتـقدم وينص عليه أو يرى من حيث النظر أن مأخـذه أرجح فى ظنه من مأخذ المتأخر فـيحكى القولين، ويقول: وبأول قـوليه أقول لا عـلى معنى التقليـد لمالك - رضى الله عنه - بل لما أداه إليه اجتهاده.

وأما من قلد مـالكًا فإنما يأخذ بالقـول المرجوع إليه عند ابـن القاسم لأنه يغلب على الظن الراجح لمصير مالك إليه آخرًا مع ذكره القول الأول.

وأما قوله: من حصل طرفًا من النظـر فى طرق الاجتهاد هل له أن يرجح أحد الأقوال؟ فـالجواب عن هذا: أن من كان عـارفًا بمأخذ صـاحب المذهب ماهرًا فى الأصول عالمًـا بما تقدم وما تأخر عـالمًا بالترجيح فيـجوز له ذلك، وإن لم يكن له بهذه الصفة، وقد أخذ بطرف من النظر واستـأنس بمذاهب الفقهاء فلا يجوز تقليده فيما نقل من ذلك، ويرجع إلى قول من كان مجتهدًا فى المذهب، فإن لم يجد من هذه صفته فلينتقل إلـى مذهب آخر فليقلد من كان عالمًا به مجتهـدًا فيه، فإن كان شغر الزمان من المجتهديـن والمفتين فى المذاهب، فهل له أن يقلد من هذه صفته أو لا؟ هذه مسألة لا أذكر فيها نصًا لعالم، والذى يظهر لى التقليد لضرورة العمل.

وقد قال بعض المحقـقين عند شغور الزمان من المجتهدين ولم نجد قـولاً لمجتهد ميت ووجـدنا من حصل طرفًـا من النظر وأحكم الأكثـر فإنه يقلد مع الـقول بأنه ليس على وجه الأرض الآن مجتهد وهذا مذهبى، فهذا الاعتقاد لا يتصور إلا من عالم مجتهد مطلقًا، وحينئذ تصح دعواه.

قال: وقـوله: لا يلتفت إلى قـول من قال بالتـخيـير بين الأقـوال فهى مـقالة ضعيفة.

وقوله: لا أسلم قول من قال: إذا اختلف أصحاب مالك فالقول قول ابن القاسم فى الذى ينقله عن مالك وفيما يجتهد فيه على أصول المذهب وقد تقدم الكلام على هذا.

قال: وأما قوله الذى جرى به العمل كذا فإن كان يريد عمل أهل الأندلس أو جهة من الجهات فليس يترجح بهذا، وإذا لم يعتمد على عمل أهل المدينة مطلقًا دون تقييد وتفصيل وهى مستقر الوحى ومنزل الرسالة، فكيف يرجح بعمل أهل قرطبة؟ انتهى ما لخصته من الجواب.

وكلامه فى الجواب عما جرى به العمل غير شافٍ وقياسه على عمل أهل المدينة غير مستقيم، فإن اختلاف العلماء فى عمل أهل المدينة إنما هو بالنسبة إلى الإجماع هل يكون عملهم إجماعًا أم لا؟ وليس ذلك من هذا الباب الذى نحن فيه، ونصوص المتأخرين من أهل المذهب متواطئة على أن هذا مما يرجح به، إلا أن يختلف العرف فى بلدين لا يكون ذلك حينئذ مرجحًا، وذلك مثل ما نقله ابن عبد السلام فى مسألة اختلاف الزوجين عن ابن رشد قال، قال ابن رشد: العرف عندنا فى ذوات الأقدار أن المرأة لا تخرج من الدار، فلو اختلفا فيها لوجب أن يكون القول قول المرأة، قال: وكذلك حفظت عن شيخنا ابن رزق قال ابن عبد السلام: وهذا الباب عند المحققين تابع للعرف فرب متاع يشهد العرب فى بلد أو زمان أنه للرجال، ويشهد فى بلد آخر أو زمان آخر أنه للنساء، ويشهد فى الزمان الواحد والمكان الواحد أنه من متاع النساء بالنسبة إلى قوم ومن متاع الرجال إلى قوم آخرين، كالنحاس المصنوع فى بلدنا فإنه من متاع النساء بالنسبة إلى جهاز الأندلس، ومن متاع الرجال بالنسبة إلى جهاز الحضر، فلو قال عالم: الذى جرى به العمل فى هذه المسألة كذا لم يعم ذلك سائر البلاد بل يختص به ذلك الموضع الذى جرى فيه ذلك، ومثل هذا لا تجدهم يقولون فيه الذى جرى به العمل واستقرت عليه الأحكام كذا، بل يقولون الذى جرى به العمل فى هذه المسألة فى بلد كذا وفى عرفهم كذا وكذا وأما غير ذلك من المسائل التى يذكرون ما جرى به العمل فيها للتعرف الذى اقتضته المصلحة فى حق العامة وتغير العوائد وذلك أمر عام، فإنه مما يرجح به ذلك القول المعمول به، ولا ينبغى أن يختلف فى هذا، وظاهر النصوص تشهد بذلك

وهذا أيضًا مـذهب الشافعيـة، فقد ذكر أبو عمـرو بن الصلاح الشافعـى فى كتاب «أحكام المفتى والمستـفتى»: أن القول القديم إذا قيل فيه إنه جـرى به العمل فإن هذا يدل على أن القـول القـديم هو المفـتى به، وقـال ابن عـبد السـلام - شـارح «ابن الحاجـب»- فى «باب الحجـر»: وذكرت هذا القـول لأنه جرى به العـمل فى بعض البلاد فينتفى به فى العمليات يريد فى القضايا المتعلقة بالأحكام.

فصل: وإذا تقرر أنه إذا كـانت المسألة ذات أقـوال أو روايات فالفـتوى والحكم بقول مـالك المرجوع إليه، وليس له أن يخـتار قولاً يفـتى أو يحكم به، وتقدم أن بعضهم حمل قول ابن القاسم على أنه القـول المرجوع إليه، فمما يزيد ذلك تقوية ما نقله ابن أبى حمزة فى «إقليد التقليد» قال بعض الشيوخ: إذا اختلف الناس عن مالك فالقول مـا قاله ابن القاسم، وعلى ذلك اعتمد شيـوخ الأندلس وإفريقية إذ ترجح ذلك عندهم، قـال أبو عمر بن عـبد البـر: كان أصبغ بن خـليل صاحب رياسة الأندلس خـمسين سنة، وكان فـقيرًا لم يكتـسب شيئًـا ولا ترك مالاً بلغت تركتـه كلها مائة دينار، قـال: وسمعت أحـمد بن خالد يقـول: دخلت يومًا على أصبغ بن خـليل، فقال لى: يـا أحمد، فـقلت: نعم، فقـال انظر إلى هذه الكوة لكوة على رأسه فى حـائط بيته، فقلت له: نعم، فـقال: والله الذى لا إله إلا هو لقد رددت منها ثلثمائة دينار صحاحًـا على أن أفتى فى مسألة بغير رأى ابن القاسم مما قاله غيره مـن أصحاب مالك فما رأيت نفسى فى سـعة من ذلك، وحدث ابن أبى حمزة عن أبيه عن مـحمد ابن نصر عن أحمد ابن زياد عن مـحمد بن وضاح عن سحنون قال: سمعت ابن القاسم يقـول رضيت بمالك بن أنس لنفسى وجعلته بينى وبين النار. وقال ابن وضاح، وقال سـحنون: وأنا رضيت ابن القاسم لنفسى وجعلته بينى وبين النار، قال ابن وضاح: وما سحنون بدونهما؟ قال ابن زياد: وأنا رضيت ابن وضاح لنفسى.

تنبيه: وهذا ليس على إطلاقه ففى «الطرر» على «التهذيب» لأبى الحسن الطنجى قال: قول مالك فى «المدونة» أولى من قول ابن القاسم فيها، لأنه الإمام الأعظم، وقول ابن القاسم فيها أولى من قول غيره فيها لأنه أعلم بمذهب مالك، وقول غيره فيها أولى من قول ابن القاسم فى غيرها وذلك لصحتها.

فصل: فتقـرر بما ذكرناه أن قول ابن القاسم هو المشـهور فى المذهب إذا كان فى «المدونة»، والمشهور فـى اصطلاح علماء المغاربة هو مذهب «المدونة»، والعـراقيون كثيـرًا ما يخالفون المغـاربة فى تعيين المشهور، ويشـهرون بعض الروايات، والذى جرى به عمل المتأخرين اعتبارًا تشهير ما شهره المصريون والمغاربة، قال ابن راشد: وسمعت بعض الفضلاء ينكر لفظة «مشهور» فإنه قد يشتهر عند الناس شىء وليس له أصل، قال: وإنما يعـول على ما يعضـده الدليل. وقال ابن بشيـر: اختلف فى المشهور على قولين أحدهما أنه ما قوى دليله، والآخر ما كثر قائله، والصحيح أنه ما قوى دليله؛ قال ابن راشد، ويعكـر على القول الأول أن الأشياخ ربما ذكروا فى قوله: إنه المشهور، ويقولون: إن القول الآخر هو الصحيح؛ انتهى. وليس فى هذا إشكال لأن المشهور هو مذهب «المدونة»، وقد يعضـد القول الآخر حديث صحيح وربما رواه مالك، ولا يقول به لمعـارض قام عند الإمام لا يتحـققه هذا المقلد أو لا يظهر له وجه العدول عنه، فـيقول: والصحيح كذا لقيـام الدليل وصحة الحديث، وكثيرًا مـا يفعل ذلك ابن العربى وابن عبد السلام فـى «شرح ابن الحاجب»، قال ابن الصلاح: وليس كل فقيه يسوغ له أن يستقل بالعمل بما يراه حجة من الحديث، ولما قال الشـافعى إذا صح الحديث فهـو مذهبى سلك بعض الشافعـية هذا المسلك فأخذ بأحاديث تركـا الشافعى عمدًا على علم منه بصحتـها لمانع اطلع عليه وخفى على غيره، وقد صنف الإمام ابن حزم كتابًا اعترض فيه على الإمام مالك -رحمه الله- فى الأحاديث الـتى رواها ولم يعمل بهـا، وسرد الأحاديث وشنع عـليه فى ذلك ووقف على الجواب عن ذلك للقاضى أبى أسحـاق بن عبد الرفيع التونسى، فلا يلزم من عـدم اطلاعهم على المعـارض انتفاؤه، وقال ابـن راشد: ويعكر على القول الثـانى أن المشهور ما كـثر قائله أن بعض المسائل وجـدنا المشهور فيـها المنع والأكثرون على الجواز، مثل مسألة التزام المرأة لزوجها إرضاع ولدها حولين كاملين عند الطلاق، والتزام نفقته وكسوته ويـسقط الزائد، والذى جرى به العمل واستقر عليه أحكم فقهاء الأندلس إمضاء ذلك بعد الحولين؛ انتهى.

قال ابن خويز منداد: ومسائل المذهب تدل على أن المشهور ما قوى دليله، وأن مالكًا - رحمه الله - كـان يراعى من الخلاف ما قوى دليله لا ما كـثر قائله، وقد

أجاز - رحمه الله - الصلاة على جلود السباع إذا ذكيت وأكثرهم على خلافه، وأباح بيع ما فيه حق توفية من غير الطعام قبل قبضه، وأجاز أكل الصيد إذا أكل منه الكلب، ولم يراع فى ذلك خلاف الجمهور، واستدل على ذلك ابن خويز منداد فى كتابه «الجامع لأصول الفقه» بمسائل وأدلة من الحديث يطول ذكرها، وأما ما وقع فى كلام ابن الحاجب من ذكر الأشهر مرة وذكر المشهور أخرى فقال ابن راشد: إن ذكر الأشهر فى اصطلاحه يدل على أن القول الآخر مشهور، لأن صيغة أفعل ظاهرة فى التفضيل، ولكنى رأيته يطلق الأشهر على ما يقول غيره فيه أنه مشهور، قال: فيحتمل أن يكون قصد هذه العبارة لرشاقتها وقلة حروفها، والله أعلم؛ انتهى، وهذا مقصد بعيد عن مراد المؤلف، وقال غيره: لعله قصد ذلك لقيام الأشهرية عنده، وهذا أيضًا أبعد من الأول، فإن المؤلف - رحمه الله - كان مشهورًا بالورع التام والتحرز من أن يدخل فى مثل هذه العهدة، والذى يظهر، والله أعلم: أن قصده الإفادة بما نقله أئمة المذهب، وقد تقدم أن العراقيين يخالفون فى المشهور كابن العربى من المغاربة والقاضى سند من المصريين وغيرهما من الشيوخ فأفاد بقوله: «الأشهر» تعيين المشهور الذى هو مذهب «المدونة»، وأن القول الثانى شهره بعض الأئمة، وفائدة ذلك أن الحكم والفتوى يكون بالأشهر لا بالقول المقابل له، والله أعلم.

فصل: يلزم القاضى المقلد إذا وجد المشهور أن لا يخرج عنه، وذكر عن المازرى رحمه الله: أنه بلغ رتبة الاجتهاد وما أفتى قط بغير المشهور، وعاش ثلاثًا وثمانين سنة وكفى به قدوة فى هذا، فإن لم يقف على المشهور من الروايتين أو القولين فليس له التشهى والحكم بما شاء منهما من غير نظر فى الترجيح، فقد قال أبو عمرو بن الصلاح فى كتاب «المفتى والمستفتى»: اعلم بأن من يكتفى بأن يكون فتياه أو عمله موافقًا لقول أو وجه فى المسألة ويعمل بما شاء من الأقوال والوجوه من غير نظر فى الترجيح فقد جهل وخرق الإجماع، وسبيله سبيل الذى حكى عنه أبو الوليد الباجى المالكى من فقهاء أصحابه أنه كان يقول: إن الذى لصديقى على إذا وقعت له حكومة أن أفتيه بالرواية التى توافقه، وحكى الباجى عمن يثق به أنه وقعت له واقعة فأفتى فيها وهو غائب جماعة من فقهائهم يعنى فقهاء المالكية من

أهل الصلاح بما يضـره فلما عاد سألهم فـقالوا: ما علمنا أنها لك وأفـتوه بالرواية الأخرى التى توافق قصده. قال البـاجى: وهذا مما لا اختلاف فيه بين المسلمين ممن يعتد به فى الإجماع أنه لا يجوز.

قال ابن الصلاح: وقـد قال مالك - رحمه الله - فى اختـلاف أصحاب رسول الله ﷺ ورضى عنهم مخطىء ومصـيب فعليك بالاجتهاد، وقال: ليـس كما قال أناس فيه توسعـة؛ لنا قال ابن الصلاح، قلت: لا توسعة فيـه بمعنى أنه يتخير بين أقوالهم من غيـر توقف على ظهور الراجح، وفيه توسعة بمعنى أن اخـتلافهم يدل على أن للاجتهاد مجالاً فيما بين أقوالهم، وأن ذلك ليس مما يقطع فيه بقول واحد متـعين لا مجال للاجـتهاد فى خـلافه، قال: فـإذا وجد من ليس أهلاً للتـخريج وللترجيح بالـدليل اختلافًا بين أئمة المذهب فى الأصح مـن القولين أو الوجهين، فينبغى أن يفزع فى التـرجيح إلى صفاتهم الموجبة لزيادة الثقة بآرائهـم فيعمل بقول الأكبر والأروع والأعلم، فإذا اختص واحد منهم بصفة أخرى قدم الذى هو أحرى منهما بالإصـابة، فالأعلم الورع مقدم على الأورع العالم، واعـتبرنا ذلك فى هذا كمـا اعتبرنا فى التـرجيح عند تعارض الأخبـار صفات رواتها، وكـذلك إذا وجد قولين أو وجـهين لم يبلغه عن أحد من أئمـته بيان الأصح منهـما اعتبـر أوصاف ناقليهما أو قـائليهما، فما رواه المزنى أو الربيع المرادى مقـدم عند أصحابنا على ما حكاه أبو سليمان الخطابى عنهم، والمزنـى والـربيع مـن كـبار أصحاب الشافعى - رضى الله عنه - دون أبى سليـمـان الخطابى، وهذا الحكم جـارٍ فى أصحـاب المذاهب الأربعة ومقلديهم، قال ابن الصلاح: وفيما استفدته من الغرائب بخراسان عن الشيخ حـسين بن مسعـود صاحب «التهذيب» عن شـيخه القـاضى حسين بن محمد قـال: إذا اختلف قول الشافعى فى مسألة وأحـد القولين يوافق مذهب أبى حنيفة فأيهما أولى بالفتوى؟ قال الشيخ أبو حامد: ما يخالف قول أبى حنيفة أولى لأنه لولا أن الشافعى عرف فيه معنى خفيًا لكان لا يخالف أبا حنيفة، وقال الشيخ القفال: ما يـوافق قول أبى حنيفة أولى، قال: وكان القـاضى يذهب إلى الترجيح بالمعنى ويقول: كل قول كان معناه أرجح فذلك أولى وأفتى به، قال: قلت: وقول القفال المروزى أظهر من قـول أبى حامد الإسفراينى وكلاهما مـحمول على ما إذا

لم يعارض ذلك من جهة القول الآخر ترجيح آخر مثله أو أقوى منه، وهذه الأنواع من الترجيح معتبرة أيضًا بالنسبة إلى أئمة المذهب، قال ابن أبى زيد فى أول «النوادر»: إن كتابه اشتمل على كثير من اختلاف المالكين، قال: ولا ينبغى الاختيار من الاختلاف للمتعلم ولا للمقصر ومن لم يكن فيه محل لاختيار القول فله فى اختيار المتعصبين من أصحابنا من نقادهم مقنع مثل سحنون وأصبغ وعيسى ابن دينار ومن بعدهم، مثل ابن المواز وابن عبدوس وابن سحنون وابن المواز أكثرهم تكلفًا للاختيارات، وابن حبيب لا يبلغ فى اختياراته وقوة رواياته مبلغ من ذكرنا.

واعلم أنه لا يجوز للمفتى أن يتساهل فى الفتوى، ومن عرف بذلك لم يجز أن يستفتى وكذلك الحاكم، ولا فرق بين المفتى والحاكم إلا أن المفتى مخبر والحاكم ملزم، والتساهل قد يكون بأن لا يثبت ويسرع بالفتوى أو الحكم قبل استيفاء حقها من النظر والفكر، وربما يحمله على ذلك توهمه أن الإسراع براعة والإبطاء عجز ومنقصة وذلك جهل، فلأن يبطىء ولا يخطىء أجمل به من أن يعجل فيَضِلّ ويُضِلّ، وقد يكون تساهله وانحلاله بأن تحمله الأغراض الفاسدة على تتبع الحِيل المحظورة أو المكروهة والتمسك بالشبه طلبًا للترخيص على من يروم نفعه أو التغليظ على من يريد ضره، قال ابن الصلاح: ومن فعل ذلك فقد هان عليه دينه - ونسأل الله العفو والعافية - قال: أما إذا صح قصد المفتى واحتسب فى تطلب حيلة لا شبهة فيها ولا تجرّ إلى مفسدة ليخلص بها المستفتى من ورطة يمين أو نحوها فذلك حسن جميل. وقال القرافى: لا ينبغى للمفتى إذا كان فى المسألة قولان أحدهما فيه تشديد والآخر تخفيف أن يفتى العامة بالتشديد والخاص من ولاة الأمور بالتخفيف، وذلك قريب من الفسوق والخيانة فى الدين والتلاعب بالمسلمين، وذلك دليل فراغ القلب من تعظيم الله تعالى وإجلاله وتقواه، وعمارته باللعب وحب الرياسة والتقرب إلى الخلق دون الخالق - نعوذ بالله من صفات الغافلين - والحاكم كالمفتى فى هذا.

سؤال: ذكره القوافى فى كتاب «الإحكام فى تمييز الفتاوى عن الأحكام» السؤال الثانى والعشرون هل يجب على الحاكم أن لا يحكم إلا بالراجح عنده كما يجب

على المجتهد أن لا يفتى إلا بالراجح عنده أو له أن يحكم بأحد القولين وإن لم يكن راجحًا عنده؟ والجواب: أن الحاكم إن كان مجتهدًا فلا يجوز له أن يحكم أو يفتى إلا بالراجح عنده وإن كان مقلدًا جاز له أن يفتى بالمشهور فى مذهبه وأن يحكم به وإن لم يكن راجحًا عنده مقلدًا فى رجحان القول المحكوم به إمامه الذى يقلده في الفتيا، وأما اتباع الهوى فى الحكم والفتيا فحرام إجماعًا، نعم اختلف العلماء فيما تعارضت الأدلة عند المجتهد أو تساوت وعجز عن الترجيح هل يتساقطان أو يختاروا واحدًا منهما يفتى به؟ قولان للعلماء، فعلى القول بأنه يختار أحدهما يفتى به فله أن يختار أحدهما يحكم به مع أنه ليس أرجح عنده بطريق الأولى، لأن الفتيا شرع عام على المكلفين إلى قيام الساعة، والحكم يختص بالوقائع الجزئية، فإذا جاز الاختيار فى الشرائع العامة فأولى أن يجوز فى الأمور الجزئية الخاصة، وهذا مقتضى الفقه والقواعد، وعلى هذا التقرير يتصور الحكم بالراجح وغير الراجح وليس اتباعًا للهوى، بل ذلك بعد بذل الجهد والعجز عن الترجيح وحصول التساوى، أما الفتيا والحكم بما هو مرجوح فخلاف الإجماع، وقال أيضًا فى أول هذا الكتاب: إن للحاكم أن يحكم بأحد القولين المستويين من غير ترجيح ولا معرفة بأدلة القولين إجماعًا، فتأمل هذا مع ما سبق من كلامه فى قوله بعد بذل الجهد والعجز عن الترجيح.

وقال عز الدين بن عبد السلام الشافعى: من كان لإمامه فى المسألة قولان فله أن يقلد أيهما أحب، نقله ابن عبد النور التونسى فى «الفتاوى».

فصل: وفى «الفتاوى» لابن عبد النور، وسئل الشيخ أبو محمد بن أبى زيد عن الرجل إذا لم يستبحر فى العلم وإنما نظر فى «المدونة» و«الموطأ» و«المختصر»، ونحو ذلك يسئل عن النازلة، هل له أن يفتى بما رآه فى هذه الدواوين لمالك أو لأحد من أصحابه أو باختيار لسحنون أو لابن سحنون أو لابن المواز وشبههم؟ فأجاب عن ذلك: إذا سئل عن نازلة وجدها فى هذه الكتب فليفت بها ويحمل نفسه عليها إن نزلت به، وكذلك إن وجد مثلها لابن القاسم أو لأحد من نظرائه أو لم يجدها إلا لسحنون أو لابنه أو لابن المواز أو لأصبغ أو لابن عبدوس أو شبه هؤلاء فإن كان شيئًا يختلف فيه بين أصحاب مالك أو لأحد من هؤلاء المعينين فيه

اختيار مثل سحنون وأصبغ ومن دونهما، من ابن عبدوس وابن سحنون وابن المواز ونحوهم، فله أن يفتى باختيار من وجد من اختيار هؤلاء - إن شاء الله تعالى - ولا سيما أنك قلت والبلد عَارٍ ولا يرده إلا إلى من هو دونه أو من يحمله على غير مذهب أهل المدينة، وكذلك إن كتب إلى من اتسع فى المعلم واستبحر فأفتاه بشىء وسعه أن يعمل به ويحمل عليه من سأله أيضًا.

وفصل: قال المازرى فى كتاب «الأقضية» الذى: يفتى فى هذا الزمان أقل مراتبه فى نقل المذهب، أن يكون قد استبحر فى الاطلاع على روايات المذهب، وتأويل الأشياخ لها وتوجيههم بما وقع فيها من اختلاف ظواهر واختلاف مذاهب وتشبيههم مسائل بمسائل قد يسبق إلى النفس تباعدها وتفريقهم بين مسائل ومسائل قد يقع فى النفس تقاربها وتشابهها، إلى غير ذلك مما بسطه المتأخرون فى كتبهم، وأشار إليه من تقدم من أصحاب مالك فى كثير من رواياتهم، فهذا لعدم النظار يقتصر على نقله عن المذهب، وسئل ابن أبى زيد أيضًا عن المفتى يخبر المستفتى باختلاف الناس، فأجاب: من الناس من يقول إن المستفتى إذا استفتى المفتى فيخبره باختلاف الناس أنه له أن يختار لنفسه فى أى الأقوال شاء، بمنزلة رجل دخل المسجد فوجد أبا المصعب فى مجلس وابن وهب فى مجلس وغيرهما كذلك، فله أن يقصد أيهما شاء فيسأله، ولا فرق بين أن يعمل بقول من شاء منهم وهم أحياء، أو يختار ما ثبت من أقوالهم بعد موتهم، قلت لأبى محمد: فما تقول أنت فى ذلك؟ قال: أما من فيه فضل الاختيار فله أن يختار لنفسه، ومن لم يكن فيه فضل الاختيار قلد رجلاً يقوى فى نفسه، فاختيار الرجل كاختيار القول؛ انتهى. وقوله: قلد رجلاً يقوى فى نفسه موافق لما نقله ابن الصلاح قبل هذا من الترجيح بين أقوال أهل المذهب، وأنه يقدم قول الأعلم الورع على الأورع العالم، والحاكم كالمفتى فى الآخذ باختيار أحد الأئمة المجتهدين فى المذهب، ويلصق بهم من اتسع فى العلم واستبحر فيه، كما قال ابن أبى زيد، قال ابن هشام فى «مفيد الحكام»: وإذا لم يكن القاضى من أهل العلم واختلف عليه العلماء فيما يشاورهم فيه، فقيل: يأخذ بقول أعلمهم، وقيل: بقول أكثرهم، وقيل: يأخذ بقول من شاء منهم، وفى «المتيطية» ينظر فى أقوالهم فما رآه عنده أقرب إلى الحق أخذ به.

فصل: قال ابن الصلاح: لا يجوز لمن كـانت فتياه نقلاً لمذهب إمامـه إذا اعتمد فى نقله على كتب أن يعتمد إلا على كتاب مـوثوق بصحته وجاز ذلك، كما جاز اعتماد الراوى على كتابه، واعتماد المستـفتى على ما يكتبه المفتى، وتحصل له الثقة بما يجده فى نسخة غـير موثوق بصحتها بأن يجده فى نسخ عـدة من أمثالها، وقد تحصل له الثقه بما يجـد فى النسخة التى هى غير موثوق بهـا بأن يراه كلامًا منتظمًا وهو خبير فطن لا يخفى عليه فى الغالب مـواقع الإسقاط والتغيير، وإذا لم يجده إلا فى موضع لم يثق بصـحته نظر، فـإن وجده موافقًـا لأصول المذهب وهو أهل للتخريج مثله على المذهب لو لم يجده منقولاً فله أن يفتى به، فإن أراد أن يحكيه عن إمامه فلا يقول قـال الشافعى مثلاً كذا وكذا، وليقل وجـدت عن الشافعى كذا وكـذا، أو بلغنى عنه، أو مـا أشـبه ذلك من الـعبـارات، وأمـا إذا لم يكن أهلاً لتخـريج مثله فـلا يجوز له ذلك فيـه وليس له أن يذكره بلفظ جـازم مطلق، فإن سبـيل مثـله النقل المحض، لأنه لم يحصل له مـا يجوز له مـثل ما جـاز للأول، ويجوز له أن يذكر فى غـير مقام الفـتوى مفصحًـا بحاله فيه فيـقول: وجدته فى نسخة من الكـتاب الفلانى أو من كتاب فـلان لا أعرف صحتـها، أو وجدت عن فلان كذا وكذا، أو بلغنى عنه كذا وكذا، وما أشبه ذلك من العبارات.

وسئل عز الدين بن عبد السلام عن المقلد والمفتى يأخذ بقول ينسب إلى إمامه ولا يرويه هذا المفتى عن صاحـب مذهبه وإنما حفظه من كتب المذهب وهى غـير مروية ولا مسندة إلى مؤلفيها، فهل يسوغ لمن هذه حاله الفتيا أم لا؟ وهو سؤال طويل فيه مسـائل عديدة فأجـاب عن هذا الفصل بأن قـال: وأما الاعتـماد على كتب الفـقه الصحيحة الموثوق بهـا فقد اتفق العلماء فى هذا العصر على جواز الاعـتماد عليها، لأن الثقة قد حصلت بها كمـا تحصل بالرواية، وكذلك قد اعتمد الناس على الكتب المشهورة فى النحو واللغة والطب وسائر العلوم لـحصول الثقة بذلك وبعد التدليس، ومن اعتقد أن الناس اتفقوا على الخطأ فى ذلك فهو أولى بالخطأ منهم، ولولا جواز اعتـقاد ذلك لتعطيل كـثير من المصـالح المتعلقة بالـطب والنحو واللغة والعـربية فى الشريعة، وقد رجع الشرع إلى أقوال الأطباء فى صور وليست كتبهم فى الأصل إلا عن قوم كفار، ولكن لما بعد التـدليس فيها اعتمد عليها، كمـا اعتمد فى اللغة على

أشعار كفار من العرب لبعد التدليس فيها. قال ابن الصلاح: قال الصيمرى قلما وجد التزوير على المفتى؛ وذلك أن الله تعالى حرس أمر الدين فلله الحمد والشكر.

مسألة: ومثل هذا ما ذكره القرافى فى كتاب «الإحكام فى تمييز الفتاوى عن الأحكام»، فقال: كان الأصل يقتضى أن لا تجوز الفتيا إلا بما يرويه العدل عن المجتهد الذى يقلده المفتى حتى يصح ذلك عند المفتى كما تصح الأحاديث عند المجتهد لأنه نقل لدين الله تعالى فى الموضعين، وعلى هذا كان ينبغى أن يحرم غير ذلك، غير أن الناس توسعوا فى هذا العصر فصاروا يفتون من كتب يطالعونها من غير رواية، وهو خطر عظيم فى الدين، وخروج عن القواعد، غير أن الكتب المشهورة لأجل شهرتها بعدت بعدًا شديدًا عن التحريف والتزوير فاعتمد الناس عليها اعتمادًا على ظاهر الحال، ولذلك أيضًا أهملت رواية كتب النحو واللغة بالعنعنة عن العدول بناء على بعدها عن التحريف، وإن كانت اللغة هى أساس الشرع فى الكتاب والسنة، فإهمال ذلك فى كتب الفقه بجامع بعد الجميع عن التحريف، وعلى هذا تحرم الفتيا من الكتب الغريبة التى لم تشتهر حتى تتظافر عليها الخواطر ويعلم صحة ما فيها، وكذلك الكتب الحديثة التصنيف إذا لم يشتهر عزو ما فيها من المنقول إلى الكتب المشهورة، أو يعلم أن مصنفها كان يعتمد هذا النوع من الصحة وهو موثوق بعدالته، وكذلك حواشى الكتب تحرم الفتوى بها لعدم صحتها والوثوق بها؛ انتهى. ومراده إن كانت الحواشى غريبة النقل، وأما إذا كان ما فيها موجودًا فى الأمهات أو منسوبًا إلى محله وهى بخط يوثق به فلان فرق بينها وبين سائر التصانيف، ولم تزل العلماء وأئمة المذهب ينقلون ما على حواشى كتب الأئمة والموثوق بعلمهم المعروفة خطوطهم، وذلك موجود فى كلام القاضى عياض والقاضى أبى الأصبغ بن سهل وغيرهما، إذا وجدوا حاشية يعرفون كاتبها نقلوا ذلك عنه ونسبوها إليه، وأدخلوا ذلك فى مصنفاتهم، وأما حيث يجهل الكاتب ويكون النقل غريبًا فلا شك فيما قاله القرافى -رحمه الله تعالى- ومن ذلك «الطرر» لأبى إبراهيم الأعرج على «التهذيب»، وهو من الكتب المعتمدة وعليها الموثوق بصحة ما فيها، وكذلك «الطرر» لابن عات على «الوثائق المجموعة»، وكذلك فى «الطرر» لأبى الحسن السنجى على «التهذيب» من الحواشى الموثوق بها، وهو من أهل العلم والدين والورع، وغالب ما فيها منسوب إلى محله.

فصل: ويلحق بهذا الركن بيان ما ينقض فيه قضاء القاضى، وقد نص العلماء على أن حكم الحاكم لا يستقر فى أربعة مواضع وينقض ذلك إذا وقع على خلاف الإجماع أو القواعد أو بالنص الجلى أو القياس، ومثال ذلك كما لو حكم بأن الميراث كله للأخ دون الجد فهذا خلاف الإجماع، لأن الأمة على قولين المال كله للجد أو يقاسم الأخ، أما حرمان الجد بالكلية فلم يقل به أحد، فمتى حكم به حاكم بناء على أن الأخ يدلى بالبنوة والجد يدلى بالأبوة والبنوة مقدمة على الأبوة نقضنا هذا الحكم، وإن كان مفتيًا لم نقلده ومثال مخالفة القواعد المسألة السريجية متى حكم حاكم بتقرير النكاح فى حق من قال: إن وقع عليك طلاقى فأنت طالق قبله ثلاثًا فطلقها ثلاثًا أو أقل، فالصحيح لزوم الطلاق الثلاث له، فإذا ماتت أو مات وحكم حاكم بالتوارث بينهما نقضنا حكمه، لأنه على خلاف القواعد، لأن من قواعد الشرع صحة اجتماع الشرط مع المشروط، لأن حكمته إنما تظهر فيه، فإذا كان الشرط لا يصح اجتماعه مع مشروطه فلا يصح أن يكون فى الشرع شرطًا، فلذلك ينقض حكم الحاكم فى المسألة السريجية، وهى التى وقع التمثيل بها، ومثال مخالفة النص إذا حكم بشفعة الجار فإن الحديث الصحيح وارد فى اختصاصها بالشريك، ولم يثبت له معارض صحيح، فينقض الحكم بخلافه، ومثال مخالفة القياس قبول شهادة النصرانى فإن الحكم بشهادته ينقض، لأن الفاسق لا تقبل شهادته والكافر أشد منه فسوقًا وأبعد عن المناصب الشرعية فى مقتضى القياس، فينقض الحكم لذلك.

تنبيه: قال القرافى فى معنى قول العلماء «إن حكم الحاكم ينقض إذا خالف القواعد أو القياس والنص»: فالمراد إذا لم يكن لها معارض راجح عليها أما إذا كان لها معارض فلا ينقض الحكم إذا كان وفق معارضها الراجح إجماعًا كانقضاء بصحة عقد القراض، والمساقاة والمسلم والحوالة ونحوها، فإنها على خلاف القواعد والنصوص والأقيسة، ولكن لا دلالة خاصة مقدمة على القواعد والنصوص والأقيسة.

فصل: وفى «مختصر الواضحة»، قال ابن الماجشون: ومن حكم بالعمرى المعقبة وجعلها للمعمر ولعقبه فلا يردها هذا الحكم، قال ابن حبيب: وكذا قال مطرف، وقال: هذا الذى عليه حكامنا بالمدينة، وكذا قال لى أصبغ، وقاله ابن عبد الحكم أيضًا، قال ابن عبد الحكم: وإن كنت قد سمعت ابن القاسم يقول: فالذى يطلق امرأته البتة فيرفع أمره إلى من لا يرى البتة فجعلها واحدة فتزوجها قبل أن تنكح

زوجًا غيـره أنه يفرق بينه وبينها وليس هذا من الاختـلاف الذى يقر إذا حكم به، قال ابن عبد الحكم: ولست أراه وأرى أن يقر كل قضاء قضى به مما اختلف الناس فيه كائنًا ما كان، ما لم يكن خطأ بينًا لم يأت فيه خلاف من أحد.

فصل فى نقض القاضى
أحكام نفسه

وله ذلك إن ظهـر له الخطأ وإن كان قـد أصـاب قول قـائلٍ، وفى «وثائق ابن العطار»: وللقاضى الرجـوع عما حكم به وقضى مما فيـه اختلاف بين أهل العلم، ومما تبين له فيـه الوهم ما دام على خطته، فـإن عزل أو مات بعـد ما حكم به لم يكن لغيره فسخ شىء من أحكامـه مما فيه اختلاف، وإن كان وجهًا ضـعيفًا، وفى «الطرر» على «التهذيب» للطنجى: إذا قـضى القاضى بقضية فيـها اختلاف ووافق قولاً شاذًا نقض، وإن لم يكن شاذًا لم ينقض ومـراده بالشاذ والله أعلم مثل القول بشفعة الجوار، وسيأتى بيـان ذلك - إن شاء الله تعالى - وقال سحنون: إذا قضى القاضى بقضية وكان الحكم مختلفًا فيـه وله فيه رأى فحكم بغيره سهوًا فله نقضه، وقـال ابن راشد: ووجـه سهـوه أو غلطه لا يعـرف إلا من قوله. قـال ابن عبـد السلام: وقد تشهد عنده بينة أن رأيه كان غيـر ذلك وأنه حكم به سهوًا كما تشهد هذه البينة عند غيره فيجب عليه حينئذ نقض ذلك الحكم أيضًا، وكون ذلك الحكم وقع منه لا يمنع من أن ينسى ما كـان قد عزم عليه أوّلاً، وليس لغيـره نقضه، وإن كان رأى بعـد الحكم رأيًا سواه لم ينقضـه، وفى «مختـصر الواضحـة»، قال ابن حبيب: وأخـبرنى مطرف وابن الماجشون عن مالك - رحمـه الله - وعن غيره من علماء المدينة فى القاضى يقـضى بالقضاء ثم يرى ما هو أحسن منه فـيريد الرجوع عنه إلى ما رأى فذلك له مـا كان على ولايته التى فيها قـضى بذلك القضاء الذى يريد الرجوع عنه، فإن كان القضاء الأول مما لو قـضى به قاض لم يجز لهذا نقضه فليس له نقضه، وقـال لى أصبغ مثله، وقال ابن عبـد الحكم: لم أسمع أحدًا من أصحابنا اختلف فى ذلك، وأنا لا أرى ذلك، وقضاؤه وقضاء غيره عندى واحد لا يرجع عـما اخـتلف فـيه ولا إلى مـا هو أحـسن منه حـتى يكون الأول خطأ بينًا صراحًا، قال ابن حـبيب: وقولى على ما اجتمعـوا عليه من ذلك، وقال سحنون

أيضًا: لا يجوز فسخه، قال ابن الحاجب: ولو حكم قصدًا فظهر أن غيره أصوب، فقال ابن القاسم بفسخ الأول، وقال ابن الماجشون وسحنون: ولا يجوز فسخه وصوبه الأئمة، يعنى وصوبه أئمة المتأخرين قياسًا على حكم غيره، ولأنه لو كان له نقض هذا لرأيه الثانى لكان له فسخ الثانى والثالث ولا يقف على حد ولا يتق أحد بما قضى له به وذلك ضرر شديد، وقيل: إن كان القضاء بمال فسخه وإن كان ثبوت نكاح أو فسخه لم ينقضه، قال ابن راشد: والمشهور هو الأول وهو الصواب، لأنه رجوع إلى الصواب، وقال لى مطرف وابن الماجشون وأصبغ: ولو عزل القاضى ثم ولى فأراد نقض قضاء كان قد قضى به فى ولايته الأولى والرجوع عنه إلى ما هو أحسن منه لم يجز ذلك له إلا على ما يجوز له من نقض قضاء غيره قبله إن كان خطأً بينًا لم يختلف فيه، أو أمرًا شاذًا مما اختلف فيه.

فصل: وقال ابن حبيب: قال لى مطرف فى القاضى يقضى لأحد الخصمين على صاحبه ثم يشهد للآخر على فسخ حكم الأول ويكتب له بالفسخ كتابًا فلا أرى ذلك فسخًا ينقض الحكم الأول إذا كان الأول صوابًا غير مختلف فيه، حتى يلخص فى الفسخ ما يستوجب به فسخ الحكم الأول أو يرجع عنه إلى ما هو أحسن منه، فيرجع من حكم إلى حكم، إلا أن يقول: تبين لى أن الشهود شهدوا بباطل، هذا يكفى من التخليص، وهو فسخ بيِّن. وقال ابن نافع مثله، وقال ابن عبد السلام: وقيل لا يشترط فى فسخه حكم نفسه أن يبين موجب الفسخ لضعف التهمة، لأن النفوس مجبولة على نفى النقص عنها، قال فضل بن سلمة: انظر قوله: «إلا أن يقول تبين لى أن الشهود شهدوا بباطل» كيف يمكنه فسخ حكمه بهذا؟ قال ابن حبيب: وقال لى ابن الماجشون وأصبغ مثله، وبه أقول، والشهادة على الفسخ تكفيه إذا كان مأمونًا، ولم يقل سوى قوله إنى قد رجعت عن ذلك الحكم الذى حكمت به لفلان وكان رجوعًا، لأنه قد استشرف حجتهم وهو المسئول عنه والمؤتمن عليه ولكن لو كان مع الرجوع والنسخ للحكم قال: قضيت للآخر؛ يعنى المقضى عليه، أولاً لم يجز قضاؤه هكذا، وعادا جميعًا إلى رأس أمرهما يعنى أن الفسخ يمضى دون الحكم للمقتضى به أولاً، وإنما اختلف حكم القضاء والفسخ فجاز الفسخ ولم يجز القضاء، لأنه لا يقض على أحد الخصمين حتى يضرب للمقضى عليه الأجل فى الجرح والحجج، فلا يجوز أن يحكم عليه

وهو غائب عن هذا، فقد استبرأ أمره قبل الحكم عليه، قال ابن حبيب: إذا كان الفاسخ للقضاء غير القاضى الذى حكم به فهنا لا يكون الشهادة على فسخ ما حكم به غيره فسخًا حتى يتبين فى الفسخ ما رد به القضية، وما هو أحق منها، وما يجوز به فسخه وكذلك قالوا لى أجمعون ولم يختلفوا فى هذا.

فصل فى نقض القاضى

أحكام غيره

ونظره فى أحكام غيره يختلف، فأما العالم العدل فلا يتعرض لأحكامه بوجه إلا على وجه التجويز لها إن عرض فيها عارض بوجه خصومة فأما على وجه الكشف لها والتعقب فلا، وإن سأله الخصم ذلك إلا أن يظهر له خطأ، وهذا فيما جهل حاله من أحكامه هل وافق الحق أو خالفه؟ فهذا الوجه هو الذى نفى عنه الكشف والتعقب، فإن ظهر له خطأ بين لم يختلف فيه وثبت ذلك عنده فيرده ويفسخه عن المحكوم به عليه، وقد يذكر القاضى فى حكمه الوجه الذى بنى عليه حكمه، فيوجد مخالفًا لنص أو إجماع فيوجب فسخه، وكذلك إذا قامت بينة على أنها علمت قصده إلى الحكم بغير ما وقع وأن هذا الحكم وقع منه سهوًا أو غلطًا فينقضه من بعده كما ينقضه هو، وأما القاضى العدل الجاهل فإن أقضيته تكشف فما كان منها صوابًا أمضى، وما كان منها خطأ بينًا لم يختلف فى رده.

قال اللخمى: وأرى أن يرد من أحكامه ما كان مختلفًا فيه لأن ذلك كان منه حدسًا وتخمينًا، والقضاء بمثل ذلك كله باطل، ونحوه لابن محرز. وقال ابن عبد السلام: وروى بعض الشيوخ أن هذا مقيد بما إذا علم منه أنه كان يشاور أهل العلم فى أحكامه، وأما إن كان لا يشاورهم فتنقض كلها لأنه حكم حينئذ بالحدس والتخمين. وهذا تقييد صحيح، وهو معنى كلام اللخمى، وهكذا هو منقول عن اللخمى، وهذا قد جمع بين وصفين الجهل والجور لقلة المشاورة، وفى «الوثائق المجموعة»: إذا كان القاضى من أهل العدل إلا أنه عرف منه أنه لا يشاور فى أحكامه فإنها تتصفح، فما كان منها موافقًا للسنة نفذ، وما كان مخالفًا لما عليه أهل بلده، إلا أنه وافق قول قائل من أهل العلم، وإن كان ذلك القول لا يعمل به فإنه ينفذ حكمه بذلك ولا يفسخ، ويفسخ منها ما كان خطأ بينًا.

قال ابن حبيب: وأما القاضى الجائر فى أحكامه إذا كان معروفًا بذلك وكان غير عدل فى حاله وسيرته عالمًا كان أو جاهلاً ظهر جوره أو خفى فإن أقضيته كلها ترد صوابًا كانت أو خطـأ، لأنه لا يؤمن حيفه، وأن يكون أظهـر الصواب والعدل فى قضائـه وأشهد على ذلك، ويكون باطن أمره فـيه الجور والحيف إلا مـا عرف من أحكامه أن حكمه فيه صـواب، وباطن أمره كان صحيحًا مستقـيمًا، وشهد بذلك من عرف القضـية وعرف كيف شهـد فيها من أهل العـدل، فإنه يمضى ولا يرد، لأنه إذا رد وقـد ماتت البـينة وانقطعت الحجـة كان ذلك إبطالاً للحق، وقـال لى أصبغ فى ذلك: هكذا سمعت ابن القاسم وأصحـابنا يقولون، غير أنى أرى أقضية الخلفاء والأمـراء وقضاة السوء جائزة مـا عدل فيه منهـا وينقض منها ما تبـين فيه جوره واستريب ولم يتحقق، ويعمل فيه بالكشف، كما يصنع بأقضية الجاهل، إلا أن يعرف القاضى بالجور والحيف وفى أحكامه كلها أو بعضها، فترد أحكامه كلهها ما عرف بالجور فـيها أو جهل، وهذا خلاف ما نقله ابن الحـاجب عن أصبغ حيث يقول: وتنبذ أحكام الجائر. وقال أصبغ: هـو كالجاهل، لأن أصبغ موافق على نبذ أحكام الجاهل، ويفـصل بينه وبين أقضية الخلفـاء والأمراء وقضاة السـوء، كأنهم عنده أخف منه حالاً، لأن الجـور يتوقع منهم، ولكنه غيـر مشهور ولا مـعروف، ولو عرف لكان الحكم واحدًا.

وحكى ابن راشد فى غير العدل ثلاثة أقـوال: فسخ أحكامه مطلقًا وهو قول ابن القاسم فى «المستخرجة»، وعدمه مطلقًا واختاره القاضى إسماعيل. قال عبد الملك: لا يجوز للقاضى أن ينظر فى أقضية غيره. قيل: فإن قام عنده قائم فقال هذا كتاب القاضى قد حكم فيه بجور بين، قال: أرى أن ينظر فيه فإن تبين له أنه حكم بجور بين ووجده فى القـضاء مـفسرًا مـثل أن يقضى بشهـادة نصرانى أو يقـضى للجار بالشفعة أو بالميراث للعمة أو للخالة، فأرى أن يفسخه، وأما إن وجد القضاء مبهمًا لم يتبين فـيه الجور والخطأ الصراح مثل أن يجـد فيه: شهدت عندى بينة فقـبلتها، ورأيت أن الحق لفلان فقضيت له بما تبين لى، فلا أرى له أن ينظر فيه.

قال القاضى إسمـاعيل: ويحمل القضاء على الصحـة ما لم يثبت الجور، وفى التعرض لذلك ضرر بالناس ووهن للقضاء، فإن القاضى لا يخلو من أعداء يرمونه بالجور، فـإذا مات أو عزل قاموا يريـدون الانتقام منه بنقض أحكامه، فـلا ينبغى

للسلطان أن يمكنهم من ذلك. قال ابن راشد: وما قالوه بين إلا قوله: شهدت عندى بذلك بينة فقبلتها، ففيه نظر، فقد يقبل غير العدول، وإنما الذى ينبغى أن يُنظر، فإن صرح بأسماء الشهود وهم عدول وبين وجه الحكم فلا ينبغى أن يفسخ، وأما مع الاحتمال فلا. والقول الثالث رأى أصبغ قال: أرى أن يمضى من أحكامه ما عدل فيه ولم يسترب فيه، ويفسخ ما تبين فيه الجور إن استريب، ويفعل فيها من الكشف ما يفعل بأقضية الجهال، وأشار ابن راشد بغير العدل إلى القاضى الجائر وخلفاء القضاة والأمراء، ونقله لقول أصبغ موافق لما نقله ابن الحاجب فانظره مع ما تقدم عن «الواضحة».

فصل: فيما لا ينفذ من أحكام القاضى وينقض إذا اطلع عليه: وحكم الحاكم لا يحل حرامًا ولا يحرم حلالاً على من علمه فى باطن الأمر، لأن الحاكم إنما يحكم بما ظهر وهو الذى تعبد به، ولا ينقل الباطن عند من علمه عما هو عليه من التحليل والتحريم. قال رسول الله ﷺ: «**إنما أنا بشر ولعلكم تختصمون إلى فلعل أحدكم أن يكون ألحن بحجته من بعض فأقضى له على نحو ما أسمع منه فمن قضيت له بشىء من حق أخيه فلا يأخذ منه شيئًا فإنما أقطع له قطعة من النار**» وهذا إجماع من أهل العلم فى الأموال. واختلفوا فى انعقاد النكاح أو حل عقده بظاهر ما يقضى به الحاكم وهو خلاف الباطن، فذهب مالك والشافعى -رحمهما الله- وجمهور أهل العلم إلى أن الأموال والفروج فى ذلك سواء، لأنها حقوق كلها تدخل تحت قوله ﷺ: «**فمن قضيت له بشىء من حق أخيه فلا يأخذه**»، فلا يحل منها القضاء الظاهر ما هو حرام فى الباطن، وقال أبو يوسف وأبو حنيفة وكثير من أصحابنا المالكية - على ما حكى عنهم أبو عمر بن عبد البر: إنما ذلك فى الأموال خاصة، فلو أن رجلين تعمدا الشهادة بالزور على رجل أنه طلق امرأته فقبل القاضى شهادتهما لظاهر عدالتهما، وهما قد تعمدا الكذب أو غلطا، ففرق القاضى بشهادتهما بين الرجل وامرأته ثم اعتدت المرأة فإنه جائز لأحد الشاهدين أن يتزوجها، وهو عالم بأنه كاذب فى شهادته قالوا: لأنها لما حلت للأزواج بالحكم الظاهر فالشاهد وغيره سواء، لأن قضاء القاضى وحكمه فرق بينهما وقطع العصمة، ولولا ذلك ما حلت لزوج غيره، واحتجوا بحكم اللعان، وقالوا: معلوم أن الزوجة إنما وصلت إلى فراق زوجها باللعان الكاذب الذى لو علم الحاكم كذبها

فيه ما فرق بينها وبين زوجها. قالوا: وكل من شهد عليه بالنكاح أو بالطلاق وقضى عليه بذلك لم يمكنه الامتناع منه، ولزم الحكم بشهادة الشهود عليه، وكانت فرقته فى الظاهر فرقة عامة، فلما كان كذلك دخل فيه الشاهد وغيره؛ انتهى من «المقدمات». وقال ابن عبد السلام: ومن ذلك لو قام له شاهدا زور أنه نكح امرأة لفلان، وهى فى باطن الأمر زوجة لغيره فإنها تحل لهذا الذى شهد له بها، ومن ذلك الحكم بشفعة الجوار لا تحل للمالكى ولا يجوز له التمسك بها لأنه يعتقد بطلان ما حكم له به، فهو يشبه ما تقدم، وليس منه، لأن الحاكم فى الصور الأول لو علم باطن أمر الشهود لم يحكم بذلك بخلاف الشفعة، وعلى ما قالوه فى الشفعة لو غصب غاصب شيئًا ونقله عن مكان الغصب وكان مما اختلف فيه، هل يفوت بالنقل أم لا؟ فقضى القاضى لربه بأخذه، وكان مذهبه أنه يفوت بنقله وتجب فيه القيمة، فينبغى على هذا أن لا يكون لربه التصرف فيه، ومن ذلك الحكم باستسعاء من أعتق بعضه وكان المعتق معسرًا، فإنه ينقض، ويرد العبد على ما كان عليه؛ قاله ابن حبيب فى «الواضحة»، ومن ذلك الحكم للنصرانى على النصرانى بشهادة النصرانى فإنه ينقض لقوله تعالى: ﴿مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ﴾ [البقرة: ٢٨٢]، ومن ذلك قول أهل العراق فى توريث العمة والخالة، وميراث المولى الأسفل فإنه ينقض؛ من «مختصر الواضحة».

فصل: وفى «مختصر الواضحة» قال ابن حبيب قال لى مطرف: فى منزل حبس على المساكين فرفع إلى قاض فجهل وباعه وفرق ثمنه على المساكين، ثم رفع إلى غيره بعده، أرى أن يفسخ البيع ويرد المنزل حبسا كما كان، ويدفع الثمن للمشترى من غلة الحبس، ولا شىء على القاضى، لأن خطأ السلطان فى الأموال على الاجتهاد هدر.

فصل: فى ذكر مالا يعتبر فى أفعال القاضى إذا عزل أو مات

وفى «المدونة»، قال سحنون: قلت لابن القاسم: إذا عزل القاضى أو مات وقد شهد الشهود عند المعزول أو الميت وأثبت ذلك فى ديوانه ثم ولى غيره فهل ينظر هذا الذى ولى القضاء فى شىء من ذلك ويجيزه؟ قال: لا يجيز شيئًا من ذلك إلا

أن تقوم عليه بينة، فإن لم تقم عليه بينة لم يجز شيئًا من ذلك وأمرهم القاضى المستجد أن يعيدوا شهادتهم، فإن قال القاضى المعزول: كل شىء فى ديوانى قد شهد به الشهود عندى لم يقبل قوله، ولا يكون للمشهود له اليمين على المشهود عليه بالله ما هذه الشهادة التى فى ديوان القاضى مما شهد به على الشهود فإن نكل عن اليمين أمضيت عليه الشهادة وحلف المشهود له أن هذه الشهادة مما شهد به عليك الشهود، وثبتت الشهادة، وينظر فيها القاضى على ما كان ينظر فيها القاضى المعزول، وهو قول ابن القاسم؛ عن «المقنع» لابن بطال.

مسألة: ولا تقبل شهادة القاضى المعزول على ما حكم، ولا يحلف المحكوم له مع شهادة القاضى لأنه هو الحاكم فيها، وكذلك قال عيسى عن ابن القاسم فى القاضى يأمر ببيع التركة فتباع أو يقضى بالقضية ثم يعزل: لا تجوز شهادته فيما قضى به أو أمر به لا وحده ولا مع غيره قال ابن وهب وابن القاسم: حتى يشهد معه رجلان سواه.

مسألة: قال سحنون: ولو أن قاضيًا أشهد على كتب فى يده أنه قد قامت عنده بينة زكيت ثم مات القاضى والكتب فى يده فإن هذا لا ينفذه من بعده، لأن البينة لم تشهد أن الأول نفذ القضاء بها، وهو ما لم ينفذ القضاء قد يحدث له أمر من الأمور؛ من «المقنع».

مسألة: إذا قال القاضى بعد العزل: كنت قضيت بكذا، لم يقبل قوله بلا خلاف لأنه مقر على غيره، كما لو شهد مع غيره أنه قضى بكذا لأنه شاهد على فعل نفسه كما تقدم، وفى قبول قوله فى حال الولاية قولان. ولو قامت البينة بأنه قضى فالحكم ثابت قامت فى حال الولاية أو بعد العزل.

تنبيه: إذا لم يشهد الشهود على حكمه وإنما علموا أنه حكم ولم يشهدهم فشهدوا بذلك بعد عزله لكون الشهود الذين أشهدهم على حكمه جرحوا فالظاهر أن شهادتهم غير مقبولة، لأن القاضى إنما يشهد عليه فى مجلس حكمه، وأما ما استرعى عليه فينبغى أن يقبل؛ نقله ابن راشد.

فصل فى الكشف
عن القضاة

وينبغى للإمام أن يتفقد أحوال القضاة فإنهم قوام أمره ورأس سلطانه، وكذلك قاضى الجماعة ينبغى له أن يتفقد قضاته ونوابه فيتصفح أقضيتهم ويراعى أمورهم وسيرتهم فى الناس، وعلى الإمام والقاضى الجامع لأحكام القضاء أن يسأل الثقات عنهم ويسأل قومًا صالحين ممن لا يتهم عليهم ولا يخدع، فإن كثيرًا من ذوى الأغراض يلقى فى قلوب الصالحين من القاضى شيئًا ليتوصل بذلك إلى ذم الصلحاء له عند ذكره عندهم وسؤالهم عنه، فإذا ظهرت الشكية بهم ولم تعرف أحوالهم سأل عنهم كما تقدم، فإن كانوا على طريق استقامة أبقاهم، وإن كانوا على ما ذكر عنهم عزلهم، واختلف فى عزل من اشتهرت عدالته بتظاهر الشكوى. قال مطرف: ليس عليه عزل من عرف بالعدالة والرضا إذا اشتكى به، وإن وجد منه عوضًا فإن فى ذلك فسادًا للناس على قضاتهم، وقال أصبغ: أحب إلى أن يعزله وإن كان مشهورًا بالعدالة والرضا، إذا وجد منه بدلا لأن فى ذلك صلاحًا للناس يعنى لما ظهر من استيلاء القضاة وقهرهم، ففى ذلك كف لهم، وأما إن كان المشكو غير مشهور بالعدالة فليعزله إذا وجد منه بدلا وتظاهرت عليه الشكية، فإن لم يجد منه بدلاً كشف عن حاله، ووجه الكشف أن يبعث إلى رجال يوثق بهم من أهل بلده فيسألهم عنه سرًا، فإن صدقوا ما قيل فيه من الشكية عزله ونظر فى أقضيته وأحكامه، فماوافق الحق أمضاه وما خالفه فسخه، وإن قال الذين سئلوا عنه ما نعلم إلا خيرًا أبقاه ونظر فى أقضيته وأحكامه فما وافق السنة مضى وما لم يوافق شيئًا من أهل العلم رده، وحمل ذلك من أمره على الخطأ وأنه لم يتعمد جورًا.

فصل: ولا ينبغى أن يمكن الناس من خصومة قضاتهم لأن ذلك لا يخلو من وجهين: إما أن يكون عدلاً فيستهان بذلك ويؤذى، وإما أن يكون فاسقًا فاجرًا وهو ألحن بحجته ممن شكاه فيبطل حقه ويتسلط ذلك القاضى على الناس.

وقال ابن القاسم فى القاضى يعزل فيدعى الناس أنه جار عليهم: أنه لا خصومة بينهم وبينه ولا ينظر فيما قالوا عنه، إلا أن يرى الذى بعده جورًا بينًا فيرده، ولا شىء على القاضى؛ من «تنبيه الحكام».

فصل: اختلف هل ينعزل القاضى بنفس الفسق أو حتى يعزله الإمام؟ قال المازرى ظاهر المذهب على قولين، وأشار إلى ترجيح عدم العزل وهو قول أصبغ، ومذهب ابن القصار أنه إذا ظهر عليه الفسق بعد ولايته انفسخ عقده وولايته.

فصل: وأما عزل القاضى نفسه اختيارًا لا عجزًا ولا لعذر فالظاهر عند بعض العلماء أنه يمكن من ذلك، قال المازرى: وهذا عندى ينبغى على النظر فى عزل الوكيل نفسه، فإن القاضى نائب عن الإمام الذى ولاه ووكيل من قبله فحكمه حكم الوكيل، والقاضى والوكيل والوصى كالواهبين منافعهم، والواهب شيئًا معلومًا إلى أجل معلوم تلزمه هبته بالقول على المشهور. لكى ينبغى أن يلتفت فى عزل القاضى نفسه اختيارًا إلى النظر، هل تعلق لأحد حق بقضائه حتى يكون انعزاله ضررًا لمن التزم القضاء بينه وبين خصمه فيمنع من ذلك، وقد منع فى «المدونة» الوصى من عزل نفسه إذا مات الميت وقد قبل الوصية، لما يلحق الموصى به من ضرر العزل وتبقيته مهملاً؛ انظر «المازرى».

فصل: إذا عزل القاضى فحكم فى أشياء قبل بلوغ العزل فظاهر المذهب أن أحكامه تلك نافذة لضرورة الناس إلى ذلك وانظر هل يستحق القاضى المتولى معلوم القضاء من يوم ولايته إذا ولى على بلد يحتاج إلى السفر إليها أو لا يستحق شيئًا، إلا بالمباشرة ويكون المعزول من المعلوم إلى يوم بلوغ العزل ولم أقف فيه على نص.

فصل: وفى «مختصر الواضحة»: وعلى القاضى إذا أقر بأنه حكم بالجور أو ثبت ذلك عليه بالبينة العقوبة الموجعة ويعزل ويشهر ويفضح ولا يجوز ولايته أبدًا ولا شهادته وإن صلحت حاله وأحدث توبة لما اجترم فى حكم الله تعالى ويكتب أمره فى كتاب لئلا يندرس الزمان فتقبل شهادته، والقاضى أقبح من شاهد الزور حالا، وقد ذكرت عقوبة شاهد الزور فى «باب التعزير»، ونبهت على عقوبة القاضى أيضًا هنالك.

فصل: فى جمع الفقهاء للنظر فى حكم القاضى، وفى «مختصر الواضحة» قال ابن حبيب: قال مطرف: وإذا اشتكى على القاضى فى قضية حكم بها ورفع ذلك إلى الأمير، فإن كان القاضى مأمونًا فى أحكامه عدلاً فى أحواله بصيرًا بقضائه أرى

أن لا يعرض له الأمير فى ذلك، ولا يقبل شكوى من شكاه، ولا يجلس الفقهاء للنظر فى قضائه فإن ذلك من الخطأ إن فعله، ومن الفقهاء إن تابعوه على ذلك، وإن كان عنده متهمًا فى أحكامه أو غير عدل فى حاله أو جاهلاً بقضائه فليعزله ويول غيره، قال مطرف: ولو جهل الأمير فأجلس فقهاء بلده وأمرهم بالنظر فى تلك الحكومة وجهلوا هم أيضًا أو أكرهوا على النظر، فنظروا فرأوا فسخ ذلك الحكم، ففسخه الأمير، أو رد قضيته إلى ما رأى الفقهاء لمن نظر فى هذا بعد ذلك أن ينظر فى الحكم الأول، فإن كان صوابًا بالاختلاف فيه، أو كان مما اختلف فيه أهل العلم أو مما اختلف فيه الأئمة الماضون فأخذ ببعض ذلك فحكمه ماضٍ، والفسخ الذى تكلفه الأمير والفقهاء باطل، وإن كان الحكم الأول خطأ بينًا أمضى فسخه وأجاز ما فعله الأمير والفقهاء، ولو كان الحكم الأول خطأ بينًا أو لعله قد عرف من القاضى بعض ما لا ينبغى من القضاة ولكن الأمير لم يعزله وأراد النظر فى تصحيح ذلك الحكم بعينه، فحينئذ يجوز للفقهاء فيه، فإذا تبين لهم أن حكمه خطأ بين فليرده، قال: وإن اختلفوا على الأمير فرأى بعضهم رأيًا ورأى بعضهم رأيًا غيره لم يمل مع أكثرهم، ولكن ينظر فيما اختلفوا فيه، فما رآه صوابًا قضى به وأنفذه، وكذلك ينبغى للقاضى أن يفعل إذا اختلف عليه المشيرون من الفقهاء.

قال مطرف: ولو كان القاضى لم يكن فصل بعد فى الخصومة فصلا فلما أجلس معه غيره للنظر فيها، قال: قد حكمت لم يقبل ذلك منه لأن المنع عن النظر فى تلك الحكومة وحدها قد لزمه، بمنزلة ما لو عزل ثم قال: قد كنت حكمت لفلان على فلان لم يكن ذلك بقوله إلا ببينة تقوم على ذلك، قال مطرف: ولو كان القاضى المشتكى فى غير بلد الأمير الذى هو به حيث يكون قاضى الجماعة، فهذا كما تقدم ينظر فإن كان القاضى معروفًا مشهورًا بالعدل فى أحكامه والصلاح فى أحواله أقره، ولم يقبل عليه شكوى ولم يكتب بأن يجلس معه غيره، ولا يفعل هذا بأحد من قضاته، إلا أن يشتكى منه استبدادًا برأى أو ترك رأى من ينبغى له أن يشاوره، فينبغى له أن يكتب إليه أن يشاور فى أموره وأحكامه من غير أن يسمى له أحدًا أو يجلس معه أحدًا، وإن كان ذلك القاضى غير مشهور بالعدل والرضا وتظاهرت الشكية عليه كتب إلى رجال صالحين من

أهل بلد ذلك القاضى فأقدمهم للمسألة عنه والكشف عن حاله، فإن كان على ما يجب أمضاه وإن كان على غير ذلك عزله، قال: ولو جهل الأمير وكتب إلى ناس يأمرهم بالجلوس معه فى تلك الحكومة ففعلوا واختلف رأيهم فيها فإن كان الأمير كتب إلى ذلك القاضى والأمناء أن يرفعوا إليه ما اجتمعوا عليه، واختلفوا فيه ففعلوا ذلك ثم كان هو منفذ الحكم فى ذلك فذلك له، وإن كتب إليهم بالذى يراه مع بعض من جلس معه، فيكون ذلك لازمًا لمن حكم به عليه، وإن لم يجتمع على ذلك جميع من أمر بالنظر معه فى ذلك، وإن كان حكمه على مثل ما كان عليه قبل أن يجلسوا معه وقد اجتمعوا على خلافه لم أر أن يحكم بذلك، لأنه الآن على مثل ما اشتكى منه، ولكن يكتب بذلك من رأيه ورأى القوم إلى الأمير، فيكون هو الآمر بالذى يراه، والحاكم فيه دونهم، وقد سئل ابن القاسم فى ذلك كله فقال فيه مثل قول مطرف الذى تقدم، فتدبر ذلك كله.

فصل فى قيام المحكوم عليه بطلب فسخ الحكم

وهو على وجوه:

الأول: إن كان قيامه على القاضى العالم العادل لم تسمع دعواه.

الثانى: إن كان قيامه لما اتصف به القاضى من جهل أو جور أو نسبه المدعى إليه فقد تقدم حكمه.

الثالث: إن كان قيامه لعداوة بينه وبين ابنه أو بينه وبين الأبوين وجب الفسخ.

الرابع: أن يأتى المحكوم عليه ببينة لم يعلم بها ففيها ثلاثة أقوال. قال ابن القاسم فى «المدونة»: يسمع من بينته فإن شهدت بما يوجب الفسخ فسخ، وقال سحنون: لايسمع منها، وقال ابن المواز: إن قام بها عند ذلك القاضى الحاكم نقضه، وإن قام عند غيره لم ينقضه.

الخامس: أن ينسب القاضى إلى التقصير فى الكشف عن الشهود ويأتى بما يوجب سقوط شهادة من شهد عليه فإن أثبت تقدم جرحته بفسق ففى نقض الحكم بذلك قولان لمالك -رحمه الله- وبالنقض قال ابن القاسم، وبعدمه قال أشهب

وسحنون وإن أثبت العـدواة فيجرى عـلى القولين، وكذا الخلاف إن كـان القدح بالقرابة، وصـوب المازرى عدم النقض، وإن أثبت أن أحد الشاهدين عـبد أو ذمى أو مولى عليه انتقض ولزم المقضى له بالمال رده، إلا أن يحلف مع الشاهد الباقى.

السادس: أن ينكر المحكوم عليه الخـصام عند القاضى الحاكم، وقـال القاضى: كنت خـاصمت عندى وأعـذرت إليك فلم تأت بحجـة، وحكمت عليك، فـقال أصبغ: القول قول القاضى إن كان باقيًا على ولايته لم ينعزل، وفى «الجلاب»: لا يقبل قول القاضى إلا ببينة، قال اللخمى: وهو أشبه فى قضاة الوقت.

السابع: أن تنكر البينة أن تكون شهدت عند القاضى وادعى القاضى أنهم شهدوا عنده ففى النـقض قولان، وإلى عدم النقض ذهب ابن الـقاسم، وذهب ابن المواز إلى أن الحكم ينقض.

الثامن: أن يقول المحكوم عليه: كنت أغفلت حجة كذا لم يقبل منه. ولم ينقض الحكم.

التاسع: إذا أجاب القائم بعد انصرام الأجل بأنه له بـينة يرتجيها نظر الحاكم فى ذلك، فإن كانت قـريبة أجله بعد ذلك، وإن كانت بعيدة وتبـين لدده قضى عليه، وأرجأ الحجة له، وله القيام بها متى جاءت عند القاضى، أو عند غيره، ولمن ولى بعده نقض ذلك الحكم بسـبب ذلك المذكور، وكذلك كل تسـجيل يتضـمن إرجاء الحجة لغائب أو صغير أو لحاضر بعدت بينته، أو لمحكوم عليه لم يعجزه القاضى، فللقاضى الثانى تعقبه بما يجب بخلاف السجلات المطلقة.

العاشر: إذا قام المحكوم عـليه وادعى أن القاضـى حكم عليه بما لا نص فـيه فـالحكم فى ذلك أن القاضـى إن حكم فى المسكوت عنه بما هو خـلاف القواعـد نقض، وإن حكم فيها بما هى قابلة له من الخلاف لم ينقض.

الحادى عشر: إذا ادعى عليـه أن الشهود قـد رجعـوا لم ينفعـه ذلك ولم ينقض الحكم، لأن الحكم قد ثبت بقـول عدول ودعوى الشـهود بعد ذلك الكذب اعـتراف منهم أنهم فسقة، والفاسق لا ينقض الحكم بقوله، فيبقى الحكم على ما كان عليه من المذهب، ومن كتاب «الإحكام» للقرافى، ومن «أحكام ابن سهل»، ومن «المازرى».

الركن الثالث: المقضى له

وهو كل من تجوز شهادته له وفى حكمه لأقاربه الذين لا تجوز شهادته لهم أربعة أقوال: المنع لمحمد ومطرف والجواز لأصبغ، قال: وهذا إن كان من أهل القيام بالحق وقد يحكم للخليفة وهو فيه أقوى تهمة، والجواز إلا لزوجته وولده الصغير ويتيمه الذى يلى ماله، وفى «ابن يونس»: ولا يحكم لعمه إلا أن يكون مبرزًا فى العدالة، والرابع: التفرقة، فإن قال: ثبت عندى لم يجز إن حضر الشهود وكانت الشهادة ظاهرة جاز إلا لزوجته وولده الصغير ويتيمه، واختاره ابن حبيب، واختار اللخمى المنع مطلقًا، قال: ولو حكم بما تلحقه فيه الحمية من غير المال لم يجز بحال؛ من «شرح ابن الحاجب» لابن راشد، وإذا قلنا بعدم الجواز فلا يجوز أن يرفع الشهادة بما يثبت عنده لمن هو فوقه، ولو كان مما تجوز شهادته فيه رفع لمن هو فوقه، واختلف هل يرفع إلى من هو دونه ممن ولاه هو؟ فقيل: لا يجوز، هو أصل قوله فى «المدونة»، وقيل: يجوز من المذهب.

مسألة: ولا يجوز للقاضى أن يحكم لنفسه فإن كان له قبله شىء رفع ذلك إلى غيره، ووكل وكيلاً يخاصم عنه، وإن شاء خاصم ولم يوكل فإن رضى صاحبه أن يحكمه فى ذلك فلا يقبل، ولا يجوز حكمه لنفسه إلا أن يشاء أن يحكم عليها فيكون كالإقرار منه بما ادعى خصمه عليه، وقال أصبغ فى تحكيم خصم القاضى له: لا أحبه فإن وقع مضى، وليذكر فى حكمه رضاه بتحكيمه، ويوقع عنده شهادة من شهد برضاه.

قال ابن راشد: فإن اجتمع فى القضية حقان حق لله تعالى وحق للقاضى لم يجز أن يحكم لنفسه، وفى حكمه فى حق الله تعالى قولان لمحمد وابن عبد الحكم، ويتصور هذا فى بيع من أعتقه المديان إذا كان القاضى غريمه لتعارض حق الله تعالى فى العتق وحق القاضى فى المالية.

مسألة: وفى «المقنع» لابن بطال، قال مطرف: ولا بأس أن يقضى القاضى بين الخصمين له على أحدهما دين إذا كان به موسر، فإن كان به معسرًا لم يجز له النظر بينهما مثل الشهادة منه لأحدهما.

مسألة: لو شهد عند القاضى رجلان أن هذا سرق متاع هذا القاضى قطعه ولم يغرمه حتى يرفعه إلى غيره لأن الغرم حق له وهو لا يحكم لنفسه.

مسألة: وفى «ابن يونس»: ولا ينبغى له أن يحكم بين أحد من عشيرته وبين خصمه وإن رضى الخصم، بخلاف رجلين رضيا بحكم أجنبى فينفذ ذلك عليهما.

مسألة: ولا ينبغى أن يحكم بين عبده وبين خصمه وإن رضى الخصم بذلك، فإن فعل فيشهد على رضاه ويحكم بالعدل ويجتهد.

مسألة: ومما يجرى مجرى القاضى فى المنع من الحكم لمن يتهم عليه، المفتى يفتى لمن يتهم عليه ممن لا تجوز شهادته، فينبغى للمفتى الهروب من هذا متى قدر عليه، قال المازرى: وقد نزل بى مثل هذا فى خصام لزوجتى فى مواريث، وسألنى القاضى والخصوم فى الفتوى فامتنعت من ذلك.

مسألة: فإذا قضى القاضى لنفسه أو لمن لا يجوز قضاؤه له باختلاف من العلماء غير شاذ فأحب إلى أن رأى أفضل منه أن يفسخه، فإن لم يفعل حتى مات أو عزل فلا يفسخه غيره إلا فى خطأ بين، فإن حكم على نفسه أو على من لا يجوز حكمه له باختلاف غير شاذ فلا أحب أن يفسخه لأنه لا يتهم فيه.

***

الركن الرابع: المقضى فيه

وهو جميع الحقوق، قال القاضى أبو الأصبغ ابن سهل: اعلم أن خطة القضاء أعظم الخطط قدرًا، وأجلها خطرًا، وعلى القاضى مدار الأحكام، وإليه النظر فى جميع وجوه القضاء، من القليل والكثير بلا تحديد، وقال الشيخ أبو اسحاق إبراهيم بن يحيى بن الأمين: للقاضى النظر فى جميع الأشياء إلا فى قبض الخراج، واختلف هل له أن يقبض أموال الصدقات ويصرفها فى مستحقيها إذا لم يحضر ناظر أم لا؟ واختلف هل إقامة الجمع والأعياد إليه أم لا؟ وقال فى «باب الإمارة»: اختلف هل لمن ولى الإمارة الخاصة أن يؤم فى الجمع والأعياد؟ والقاضى أولى منه بذلك.

مسألة: قال ابن سهل: ويختص بوجوه لا يشاركه فيها غيره من الحكام، وذلك النظر فى الوصايا والأحباس، قال ابن الأمير: يريد المعقبة والترشيد والتحجير والتسفيه، والقسم والمواريث، والنظر للأيتام، والنظر فى مال الغياب، والنظر فى الأنساب. زاد أحمد بن يحيى بن أبى عيسى فقال: وإنى لأرى مثل ذلك فى الجراحات والتدميات وما أشبهها، قال ابن الأمين: والإثبات والتسجيل، قال ابن سهل: ولا يجب للقاضى أن يرفع نظرا من عنده إلى غيره من الحكام، كما يرفع غيره منه الحكام إليه، فهذه الأمور التى قدمنا ذكرها لا ترفع إلا إليه ولا تكون إلا فى ديوانه، وإذا ضيع القاضى ذلك كانت منه هجنة، قال ابن لبابة: وهذا الذى أعرفه وأقول به، وأدركت الناس عليه من ترتيب أحكام القضاة فى الأمور التى لا ينبغى لغيرهم النظر فيها، وذكر ابن سهل أسماء الشيوخ القائلين بذلك وهم: ابن لبابة، وعبيد الله بن يحيى الليثى راوى الموطأ عن مالك -رحمه الله- وأيوب بن سليمان، وسعد بن معاذ، ومحمد بن الوليد، وخالد بن وهب، وأحمد بن مطر، وطاهر بن عبد العزيز، وسعيد بن حمير، وأحمد بن يحيى بن أبى عيسى، ويحيى ابن سليمان، وأحمد بن بقى بن مخلد. وهؤلاء شيوخ الفتيا وأصحاب الشورى، وعنهم يصدر الحل والعقد -رحمة الله عليهم أجمعين.

فصل: وأما غير القاضى فمقصور على ما قدم عليه، قال ابن راشد: وفى «المتيطية» أربع مسائل فى «المدونة» لا يحكم فيها صاحب الشرطة: التحجير، والحكم على الغائب، وإقامة الحدود، والقسم بين الصغار والكبار، وما عداها يجوز حكمه فيه.

فصل: فى الشىء المدعى فيه يكون فى غير بلد المدعى عليه، وأين تكون محاكمتهما، وفى «مختصر الواضحة»: فى الرجل من أهل المدينة يكون له دار بمكة فيدعيها رجل من أهل مكة، قال ابن حبيب، قال ابن الماجشون: إنما تكون خصومتهما فى البلد الذى الدار والشىء المدعى فيه فثم يسمع من بينة المدعى وحجته، ويضرب لصاحب الدار أجلا حتى يأتى فيدفع عن نفسه أو يوكل له وكيلاً يقوم عنه فى الخصومة فى ذلك. قال فضل بن سلمة: وهذا أيضًا مذهب سحنون وابن كنانة. قال ابن كنانة: إلا أن يكون أحد القاضيين جائرا فالخصومة عند الأعدل. قال ابن حبيب - وخالف مطرف وأصبغ: قول ابن الماجشون فى ذلك، وقال: إنما تكون الخصومة حيث يكون المدعى عليه ولا يلتفت إلى موضع المدعى ولا موضوع المدعى فيه، غير أن من حق المدعى إن شاء بدأ بقاضيه يعنى بقاضى مكة فرفع إليه أمره وأثبت عنده بينته، ثم كتب قاضى مكة بذلك إلى قاضى المدينة وخرج بنفسه، وإن شاء أن يوكل أثبت وكالة وكيله استعدى على المدعى عليه عند قاضى المدينة، وأخرج كتاب قاضى مكة، فإذا ثبت الكتاب عند قاضى المدينة لزمه قبول ما فيه وقرأه على المدعى عليه، وسأله المخرج من ذلك إن كان له مخرج وإلا أنفذ الحكم عليه إن تبين له إنفاذه. أما لو كان المدعى فاستعدى عليه قاضى المدينة، فينبغى لقاضى المدينة إذا أعلمه المدعى أن بينته بمكة حيث الدار أن يكتب له إلى قاضى مكة أن يسمع من بينته، ثم يكتب بذلك إليه، ويؤجل له على قدر المسافة، ووجه مطلب الأمر. قال ابن حبيب: وبهذا أقول، قال فضل: وهذا مذهب ابن القاسم. قال ابن حبيب: قال لى أصبغ: ولو أن المدنى خرج إلى ضيعته بمكة أو جاءها حاجًا فتعلق به المكى يريد مخاصمته ثم كان له ذلك ولم يكن للمدعى عليه أن يأبى ذلك ثم قال لى: انظر كل من تعلق برجل فى حق من الحقوق فإنما يخاصمه

فى الموضع الذى تعلق به فيه إن كان لذلك الموضع أمير يحكم أو قاض كان المدعى فيـه فى ذلك الموضع أو غائبًا عنه كـان إقرارهما بغـير ذلك الموضع، أو لم يكن. قال ابن حـبيب: وأنا أقـول بهذا إذا تعلق به فى دين أو مـال أو حق مما يكون فى ذمم الرجـال. وأما فى العـقار فـإن كان أيضًـا فى الموضع الذى فيـه المدعى فيـه فكذلك، لأن ابن الماجشون رأى أن يرفع معـه إلى حيث يكون الشىء المدعى فيه، وإن لم يكن الشىء فى ذلك الموضـع الذى تعلق به فيـه وإنما هو فى قـرار المدعى عليه وغيره فليس للمدعى أن يحبسه لمخاصمته فيه.

***

الركن الخامس: المقضى عليه

وهو كل من توجه عليه حق، إما بإقراره وإما بالشهادة عليه بعد العجز عن الدفع، وبعد الإعذار إليه قبل الحكم، وإما بالشهادة عليه، ويمين الاستبراء إن كان الحق على ميت أو على غائب، وإما بلده وتغيبه عن حضور مجلس الحكم وقيام البينة عليه، وإما بالشهادة عليه ولدده عن الجواب على طبق الدعوى، وسيأتى بيان الحكم على هذه الوجوه كلها كل مسألة فى محلها - إن شاء الله تعالى.

فصل: والمقضى عليه أنواع منهم الحاضر المالك أمره، ومنهم الغائب، ومنهم الصغير المحجور عليه، ومنهم السفيه المولى عليه، ومنهم الورثة المدعى عليهم فى مال الميت، وفيهم الصغير والكبير. فأما الحاضر المالك أمره فقد تقدم فى سيرة القاضى مع الخصوم بعض أحكامه، وسيأتى تمامًا فى الإعذار والتعجيز والجواب والنكول واليمين والبينة، وأما الغائب فقد ذكرت الدعوى عليه فى فصل الدعاوى وذكر أنواع المدعى عليهم، ونذكر هنا طرفًا مما يتعلق به، وأما الصغير والسفيه والورثة فهم مذكورون فى الدعاوى فى أنواع المدعى عليهم.

فصل: ولا يحكم على عدوه كما لا تجوز شهادته عليه.

مسألة: ويجوز للقاضى أن يحكم بين أهل الذمة إذا تظالموا أو ترافعوا إليه ورضوا بحكمه، وليحكم بينهم بحكم الإسلام. قال ابن محرز: وظاهر هذا أنا نحكم بينهم وإن لم ترض أساقفتهم قال: وقال ابن القاسم فى «العتبية»: لا يحكم بينهم حتى ترضى أساقفتهم، وقال غيره: ذلك غير لازم لأنه عليه الصلاة والسلام رجم اليهوديين ولم يأت فى الخبر، أنه شاور أساقفتهم، وفى «الوثائق المجموعة»: وإنما لحاكم المسلمين أن يحكم بينهم فى التظالم مثل أن يمنع وارث وارثًا حقه وما أشبه ذلك، إذا رضى المتطالبان بذلك، وأما الخمر والربا والزنا والطلاق والعتاق فلا ينبغى أن يحكم بينهم فيه.

فرع: وتجوز شهادة المسلمين على جميع أهل الملل، ولاتجوز شهادة أهل الذمة على شىء من أمور المسلمين فى مذهب مالك لا فى وصية ولا فى سفر ولا فى حضر، ولا تجوز شهادة يهودى على نصرانى ولا بالعكس.

فصل: ولا يحكم القاضى على أحد إلا بعد أن يسأله أبقيت لك حجة؟ فيقول: لا؛ على ما هو مذكور فى فصل الإعذار.

تنبيه: والمحكوم عليه تارة يكون هو المدعى عليه وتارة تقوى حجة المدعى عليه وتضعف حجة المدعى فيتوجه الحكم على المدعِى بالإبراء أو غيره من الوجوه، وقد ذكرت ذلك فى فصل الإعذار.

وإذا أقر أحد الخصمين عند القاضى بشيء وليس عنده أحد ثم جحد ذلك الإقرار فإنه لا يقضى عليه إلا ببينة سواه، وإن لم تكن عنده بينة رفع ذلك إلى من فوقه وكان شاهدا، وكذلك ما اطَّلع عليه من حق الله تعالى أو رآه من غصب أو سمع من قذف فليرفعه إلى من هو فوقه ويكون هو شاهدا، وقال عبدالملك: يحكم بما أقر به الخصم فى مجلسه، وقد تقدم بعض هذا فى الآداب، وبعضه مذكور فى باب قضاء القاضي بعلمه.

فصل من مسائل الحكم
على الغائب

وفى «المتيطية»: وينبغى للحاكم أن يصرح بأسماء الشهود الذين ثبت بهم الحكم على الغائب لأنه حكم على غائب، فيحتاج إلى تسميتهم لإرجاء الحجة له فيهم، فإن لم يصرح بأسمائهم وكان الحاكم ليس مشهورا بالعدل والفضل فإن ذلك مما يبيح لمن بعده أن يتعقب ذلك الحكم، لأن هذا مما لا يمضى إلا من الحاكم العدل، فإن قدم هذا الغائب فأراد رد القضاء عنه وأن يبتدئ الخصومة كان ذلك من حقه إذا تعلل فى شهادة الشهود قال: لو علمت من شهد على لرددت شهادته عنى، وقال المازرى: إذا لم يصرح القاضى بأسماء الشهود فى الحكم على الغائب فالمشهور أن ذلك حكم لا ينفذ دون أن يعرف الغائب من يشهد عليه، ووقع فى المذهب رواية أن ذلك ينفذ ولكنها مطروحة عند القضاة المالكية.

مسألة: قال أشهب: ينبغى للقاضى إذا سجل بين الخصمين أن يذكر فى الكتاب أسماء الشهود فإن لم يفعل حتى أوقع الحكم فالأحب إلى أن يبدل الكتاب، فإن لم يفعل حتى عزل أو مات نفذ الحكم إلا على الغائب لأنه إن قدم فقال -من

الشاهد على؟- فإن عندى تجريحه، فالقضية مردودة، والخصومة مؤتنفة، والبينة معادة، ولا حجة للحاضر الذى قد مضى الحكم عليه فى ترك تسمية القاضى.

مسألة: قال ابن أبى زمنين: سحنون يذهب فى الحكم على الحاضر إلى ترك التصريح بأسماء الشهود، إذ قد يحكم القاضى بهم وهم عدول ثم تحدث لهم جرحة، وقد عزل القاضى أو مات، فيدعى المقضى عليه أن القاضى قبل شهودا غير عدول، فالتسمية مما توهن الحكم عنده، وإلى قول أصبغ وتسمية الشهود ذهب من رأيته من فقيه وحاكم، ولسحنون فى المجموعة أن تسميتهم لا تلزم فى الحكم على الغالب، وسوى أصبغ فى هذا بين الحكم على الغائب والحاضر، وبه جرى العمل فهو فى الحاضر مستحب وفى الغائب واجب لإرجاء الحجة له.

مسألة: قال القاضى أبو الوليد بن رشد: الحكم على الغائب فى مذهب مالك على ثلاثة أقسام أحدها غائب قريب الغيبة على مسيرة اليوم واليومين والثلاثة فهذا يكتب إليه ويعذر إليه فى كل حق، فإما وكل وإما قدم، فإن لم يفعل حكم عليه فى الدين وبيع عليه ماله من الأصل وغيره، وفى استحقاق العروض والحيوان والأصول وجميع الأشياء من الطلاق والعتق وغير ذلك ولم ترج له حجة فى شىء من ذلك، لأنه لا عذر له، والثانى غائب بعيد الغيبة على مسيرة عشرة أيام وشبهها، فهذا يحكم عليه فيما عدا الاستحقاق فى الرباع والأصول فى الديون والحيوان والعروض، وترجى له الحجة فى ذلك، والثالث غائب منقطع الغيبة مثل مكة من إفريقية والمدينة من الأندلس. وخراسان، فهذا يحكم عليه فى كل شىء من الديون والحيوان والعروض والرباع والأصول وترجى له الحجة فى ذلك.

مسألة: وفى «الواضحة» و«العتبية» قال سحنون: أخبرنا أشهب، قال: كتب ابن غانم إلى مالك بن أنس عن الخصمين يختصمان إليه فى الأرض فيقيم أحدهما البينة على الآخر بأنها له، فإذا علم بذلك الذى قامت عليه البينة هرب وتغيب فطلب فلم يوجد، أيقضى عليه وهو غائب؟ فقال مالك أكتب إليه: إذا ثبت عندك الحجج وسألته عما تريد أن تسأله عنه، واستقر عندك علم كل ما تريد أن تسأله عنه، فلم تبق له حجة فتغيب فاقض عليه وهو غائب، قال ابن رشد: هذا كما قال إذا تغيب بعد أن استوفى جميع حججه وهرب فرارا من القضاء عليه أنه

يقضى عليه ويعجزه، ولا يكون له إذا قدم أن يقوم بحجة، بمنزلة أن لو قضى عليه وهو حاضر إلا على القول بأن المحكوم عليه إذا أتى بحجة لها وجه بعد الحكم عليه تسمع منه، وأما إن هرب وتغيب قبل أن يستوفى جميع حججه فالواجب فى ذلك أن يتلوم له، فإن لم يخرج وتمادى على تغيبه واختفائه قضى عليه من غير أن يقطع حجته.

مسألة: وذكر الفقيه أبو عبدالله الباجى فى «وثائقه» فى باب تطليق المرأة نفسها على زوجها بشرط المغيب، أنه لابد من التصريح فى الحكم بأسماء الشهود من أجل أن الحجة مرجاة للغائب فى قول ابن القاسم، وبه الحكم، فإن لم يصرح عن الشهود فيه نفذ الحكم ولم يكن لغيره أن ينقضه، وإن كان فى غير الطلاق يعنى من الديون ونحوها مما تقدم ذكره، قال: وإذا كان الحكم على الغائب فلابد أن يكشف فى تسجيله عن أسماء الشهود ليعرف الغائب من شهد عليه، وفى من يدفع، وكذلك يلزمه أن يفعل فى كل ما ينبغى فيه إعذار، فإن وقع الحكم مجملا ولم يكشف عن أسماء الشهود فليس ينقض الحكم وهو تام، ويكره له ذلك إن لم يفعله، وإن فعله لزم الحكم ويقال للمحكوم عليه: اذهب إلى الحاكم الذى حكم عليك يكشف عما حكم به عليك، هكذا هو فى كتاب الأقضية من «المستخرجة» والقضاء بذلك نافذ، وقال بعض أهل العلم: الكشف عن أسماء الشهود أحسن لأنه يتوجه إلى القاضي فيجده قد مات فيبطل حقه، فلا يجب أن يكون الحكم إلا كاملا، وذكر ابن سحنون عن أبيه فى «كتاب القضاء»: إن كان الحكم على غائب فلابد من التصريح بأسماد الشهود، وقد تقدم لسحنون خلاف هذا؛ من «مفيد الحكام».

فصل فى إرجاء الحجة للغائب

قال ابن سهل: إرجاء الحجة للغائب فيما يحكم به عليه أصل معمول به عند الحكام والقضاة، ولا ينبغى العدول عنه ولا الحكم بغيره، إذ هو كالإجماع فى المذهب.

وذكر عن سحنون: أنه لا ترجئ له حجة وهو ضعيف لا يوجد عنه فى

الأصول، وإنما روايته فى حواشى المدونات المسموعة على ابن وضاح أو على رواية منها أدخلها ابن الهندى فى «وثائقه»، والله أعلم.

وعن سحنون فى «كتاب ابنه»، وفى «العتبية» خلافه على ما عليه جماعتهم وجرى به العمل من فتواهم، ولابن الماجشون فى ذلك تنويع فى كتاب ابن حبيب، وإرجاء الحجة مصرح به فى أصولنا الواضحة وغيرها وهو فى «المدونة» فى ثانى النكاح وفى الخلع وفى كتاب الشفعة وغيرها؛ انظر الثانى من أحكام ابن سهل فى رسم مطاحن ورثتها زوجة وابنان غائبان وفى «مفيد الحكام»: أن ابن الماجشون وأصبغ يريان أنه لا ترجئ حجة لغائب وذلك أن من أصلهما أن يقدم القاضى له وكيلا يقوم بحجته ويعذر إليه، فهو عندهما كالحاضر، وابن القاسم يرى إرجاء الحجة للغائب لأن من أصله أنه لا يقيم له وكيلا، وعلى هذا يجرى الخلاف في تسمية الشهود فى الحكم عليه، وأنه إن لم يسمهم فالحكم مفسوخ ويستأنف الخصام والصبى كالغائب، وفى «المدونة» فى كتاب القسمة: ليس للقاضى أن يوكل للغائب من يعذر إليه فى شهادة الذين شهدوا عليه، ولا يقيم لصبى ولا لغائب وكيلا يقوم بحجتها، وفى «الواضحة» خلافه من قول عبدالملك، وكذلك فى سماع أصبغ؛ من «كتاب الأقضية».

***

الركن السادس

فى كيفية القضاء

ومعرفة ذلك تتوقف على العلم بتسعة أقسام:

القسم الأول

فى معرفة تصرفات الحكام واصطلاحهم فى الأحكام

وفيه فصول:

الأول: في تقريرات الحكام على الوقائع وما هى منها حكم وما ليس بحكم.

الثانى: فى بيان الفرق بين تصرفات الحكام التى هى حكم لا يجوز تعقبها والتى ليست بحكم ويجوز تعقبها.

الثالث: فى بيان المواضع التى تفتقر إلى الحاكم وما لا تفتقر وما اختلف فيه، وبيان أبواب الفقه التى يدخلها الحكم استقلالا أو تضمنها.

الرابع: الفرق بين ألفاظ الحكم التى جرت بها عادة الحكام فى التسجيلات، وبيان أحكامها وما يترتب عليها.

الخامس: فى الفرق بين الثبوت والحكم.

السادس: فى معنى تنفيذ القاضى حكم نفسه، ومعنى تنفيذه حكم غيره.

السابع: فى بيان ما يدل على صدور الحكم.

الثامن: فى تنبيهات ينبغى للحاكم التنبه لها بما يشهد به على نفسه فى التسجيلات، وما يمتنع الإشهاد به.

التاسع: فى بيان الحكم المعلق.

***

الفصل الأول
فى تقرير الحاكم ما رفع إليه

اختلف أهل المذهب هل يكون تقرير الحاكم على الواقعة حكما بالواقع فيها أم لا؟ كما إذا زوجت امرأة نفسها بغير إذن وليها ورفع ذلك إلى قاضى يراه جائزا فأقره وأجازه، ثم عزل قال ابن القاسم: ليس لغيره فسخه وإقراره عليه كالحكم به واختاره ابن محرز وهو ظاهر «المدونة» يريد أن ذلك كالحكم فلا يعترضه قاض آخر، وقال عبدالملك: ليس بحكم ولغيره فسخه وهذا بخلاف ما لو رفع له فقال: لا أجيز النكاح بغير ولى من غير أن يحكم بفسخه، فهذه فتوى، ولغيره الحكم فى تلك الواقعة بما يراه.

فرع: وكذلك إذا قال: لا أجيز الشاهد واليمين؛ فهو فتوى اتفاقا.

فرع: قال ابن يونس: قال عبدالملك إذا قيل: إن التخيير طلقة فاختارت نفسها فتزوجها قبل زوج، فرفع إلى حاكم يرى ذلك فأقره فلمن بعده فسخ العقد، ويجعل طلاقها ثلاثا، وإن كان الحاكم الأول قد أشهد بذلك وكتب به، وهذه الزيادة من «مختصر الواضحة» لفضل بن سلمة.

فرع: وإن علق الطلاق أو العتاق على الملك أو تزوج وهو محرم فرفع ذلك إلى حاكم فأقر النكاح على حاله وأقر المملوك رقيقا وأجاز نكاح المحرم وأقره ثم رفع إلى غيره فله أن يحكم فى ذلك بما رآه على قول عبد الملك.

فرع: وكذلك لو أقام شاهدا على القتل فرفع لمن لا يرى القسامة فلم يحكم بها فلغيره الحكم، لأن سكوت الأول عن الحكم ليس بحكم.

فرع: فلو قال الحاكم: لا أسمع بينتك لأنك حلفت قبلها مع قدرتك على إحضارها، أو قال: لا أرد اليمين على المدعى عليه، أو قال: لا أحكم بالشاهد واليمين أو لا أحلف المدعى عليه لأنها يمين تهمة، ومذهبى أنها لا تجب، فهذا كله ليس بحكم شرعى، ولغيره من الحكام أن يفعل ما تركه، وهذا كله على ما رأى عبد الملك كما ذكره ابن يونس.

تنبيه: أما لو حكم حاكم بشىء فرفع للثانى وهو لا يعتقد صحته، فهل ينقضه ويحكم فيه برأيه أو لا؟ فيه خلاف وتفصيل، تقدم فى نقض أحكام القاضى.

الفصل الثانى

فى تصرفات الحاكم التى تستلزم الحكم، وما تستلزمه والمواضع التى يتعلق حكم الحاكم فيها بما باشره حكمه ولا يتناول عوارض تلك الواقعة، وبيان التصرفات التى تشبه الحكم وليست بحكم

اعلم أن فعل الحاكم في الواقعة قد يستلزم الحكم، وقد يعرى عن الحكم البتة، فالأول كل ما حكم فيه بالصحة أو الموجب، وذلك مثل أن يقول الحاكم قد حكمت بصحة بيع العبد الذى أعتقه من أحاط الدين بماله، فالحكم بصحة البيع على سبيل المطابقة، ويدل ذلك بالتزام على الحكم بإبطال العتق المتقدم على البيع فإنه يلزم من صحة البيع بطلان العتق.

فرع: وكذلك إذا باع الحاكم هذا العبد الذى أعتقه من أحاط الدين بماله فإن إقدامه على البيع حكم ببطلان العتق.

فرع: وكذلك إقدام الحاكم على تزويج امرأة تزوجت زواجا يستحق الفسخ، فإن نفس العقد عليها يستلزم الحكم بفسخ نكاحها المتقدم، يريد أن الحاكم زوجها قبل دخول الأول بها.

فرع: وكذلك بيع الحاكم ملك المديان فإنه حكم بنقل الملك عنه وخروجه من يده، لأن نقل الأملاك وفسخ العقود لا شك أنه حكم والثانى كسماع الدعوى والجواب وسماع الشهود وتزويج يتيمة تحت حجره أو بيع سلعة لها، فإن ذلك لا يدل على الحكم البتة، بل لغيره من الحكام أن ينظر فيه، فإن كان مختلا في بعض شروطه عند الحاكم الثانى فله فسخه.

فرع منه: اعلم أن القاضي إذا حكم بفسخ نكاح أو بيع أو إجارة وشبه ذلك لموجب من موجبات الفسخ، وذلك فى مسألة مختلف فيها ومثار الخلاف فيها اجتهادى؛ أى: ليس فيها نص جلى يمنع من الاجتهاد، فإن حكم الحاكم لا يتعدى ذلك الفسخ، وأما ما يتبع ذلك من الأحكام العوارض فذلك القاضى بالنسبة إليها

كالمفتى، وكذلك لو حدثت قضية أخرى مثل القضية التي حكم فيها بالفسخ فى ولاية ذلك القاضى ولم ترفع إليه أو رفعت إليه ولم ينظر فيها حتى عزل أو مات فإنها تحتاج إلى إنشاء نظر آخر من القاضى الأول، أو من القاضى الثانى، ولا يكون حكم القاضى الزول متناولا إلا لما باشره بالحكم وسبب لك أن حكم القاضى لا يتعلق إلا بالجزئيات دون الكليات، لأن معظم ما ينظر القاضي فيه يحتاج فيه إلى بينة والبينة إنما تشهد بما رأته أو شافهته، وذلك أمر جزئى هذا هو غالب ما تشهد به البينة ويحكم القضاة به.

فرع: إذا ثبت ما قررناه فإن القاضى إذا فسخ نكاحا بين زوجين بسبب أن أحدهما رضع أم الآخر وهو كبير، فالفسخ ثابت لا ينقضه أحد، ولكنه إن تزوجها بعد ذلك فرفع أمرها إلى غيره ممن ولى بعده لم يمنعه ذلك الفسخ أن يجتهد ويبيحها له إن أداه اجتهاده إلى أن رضاع الكبار لا ينشر الحرمة، وكذا لو رفع إليه نفسه وبغير اجتهاده فله أن يبيحها له.

فرع: وكذا من تزوج امرأة في عدتها ورفع ذلك إلى قاضٍ مالكى، فإنه يرى مع الفسخ تأبيد التحريم ومع هذا فإن حكمه لا يتعدى الفسخ فإذا تزوجها بعد ذلك ورفع أمرها إلى قاض آخر لا يرى تأبيد التحريم لم يكن القضاء الأول مانعا من أن يبيحها له، ويكون الحكم فى حق المرأتين فى هذا الفرع والذى قبله حكم امرأتين لم يتقدم عليهما حكم.

فرع: وكذلك لو جمع رجل فى عقد النكاح بين النكاح والبيع أو بين النكاح والإجارة ورفع ذلك إلى قاضٍ مالكى فحكم بالفسخ على مشهور المذهب لرأى رآه أو لتقليده ابن القاسم فى ذلك، ثم تزوج ذلك الرجل تلك المرأة بعينها على ذلك الوجه الفاسد الذى حكم القاضى بفسخه بينهما، فرفع أمرهما إلى القاضى الأول أو إلى قاضٍ غيره، فإن حكم القاضى الأول لا يتناول فساد هذا الفعل الثانى، بل إذا أدى نظر القاضى الثانى إلى خلاف ما أدى إليه اجتهاد الأول، إما من إمضاء النكاح أو البيع مطلقا أو بشرط أن يبقى للبضع ربع دينار أمضاه. انتهى؛ من كلام القرافى - رحمة الله عليه.

فصل: قال القرافى فى المواضع التى تصرفات الحكام فيها ليست بحكم ولغيرها من الحكام تغييرها والنظر فيها وهى أنواع كثيرة: وقد التبس أمر ذلك على كثير من الفقهاء، فإن الحكم لا يجوز نقضه وغيره يجوز نقضه وأنا أذكر من جملة ما ذكروه عشرين نوعا وهى عامة تصرفاتهم فيسلم فيها من الغلط:

النوع الأول: العقود كالبيع والشراء فى أموال الأيتام والغائبين والمجانين، وعقد النكاح على من بلغ من الأيتام، وعلى من هو تحت الحجر من النساء ومن ليس لها ولى، وعقد الإجارة على الأملاك المحجور عليهم، ونحو ذلك، فهذه التصرفات ليست حكما، وليهم النظر فيها، فإن وجدها بالثمن البخس أو بدون أجرة المثل أو وجد المرأة غير كفء، فله نقل ذلك على الأوضاع الشرعية، ولا تكون هذه التصرفات فى هذه الأعيان والمنافع حكما فى نفسها البتة، نعم قد تكون حكما فى غيرها بأن تتوقف هذه التصرفات على إبطال تصرفات متقدمة على هذه التصرفات الواقعة من الحاكم الآن كتزويجها بعد أن تزوجت من غير هذا الزوج والحاكم يعلم ذلك، أو بيع العين من رجل آخر، والحاكم يعلم ذلك ونحو ذلك، فإن ثبوت هذه التصرفات الأخيرة فى هذه العقود يقتضى فسخ تلك العقود السابقة ظاهرا، وقد تقدم ذكر ذلك.

النوع الثانى: إثبات الصفات فى الذوات نحو ثبوت العدالة عند حاكم أو الجرح، أو أهلية الإمامة للصلاة، أو أهلية الحضانة، أو أهلية الوصية ونحو ذلك. فجميع إثبات الصفات مما هو من هذا النوع ليس حكما، ولغيره من الحكام أن لا يقبل ذلك، ويعتقد فسخه إذا ثبت سببه عنده، ويقبل ذلك المجروح إن ثبت عنده عدالته، وكذلك جميع هذه الصفات.

النوع الثالث: ثبوت أسباب المطالبات نحو ثبوت مقدار قيمة المتلف فى المتلفات، وإثبات الديون على الغرماء، وإثبات النفقات للأقارب والزوجات، وإثبات أجرة المثل فى منافع الأعيان ونحوه، فإن إثبات الحاكم لجميع هذه الأسباب ليس حكما، ولغيره من الحكام أن يغير مقدار تلك الأجرة وتلك النفقة وغيرها من الأسباب المقتضية للمطالبة.

النوع الرابع: إثبات الحجج الموجبة لثبوت الأسباب الموجبة للاستحقاق، نحو كون الحاكم يثبت عنده التحليف ممن يتعين عليه الحلف، وثبوت إقامة البينات ممن أقامها، وثبوت الإقرارات من الخصوم ونحو ذلك، فإن هذه حجج توجب ثبوت أسباب موجبة لاستحقاق مسبباتها، ولا يلزم من كون الحاكم أثبتها أن يكون حكما، بل لغيره أن ينظر فى ذلك فيبطل أو لا يبطل، بل إذا اطلع فيها على ذلك تعقبه، ولا يكون ذلك الإثبات السابق مانعا من تعقب الخلل فى تلك الحجج.

النوع الخامس: إثبات أسباب الأحكام الشرعية نحو الزوال ورؤية الهلال فى رمضان وشوال وذى الحجة، مما يترتب عليه الصوم ووجوب الفطر، أو فعل النسك ونحو ذلك، فجميع إثبات ذلك ليس بحكم، بل هو كإثبات الصفات، وللمالكى أن لا يصوم فى رمضان إذا أثبته الشافعى بواحد لأنه ليس بحكم وإنما إثبات سبب، فمن لم يكن ذلك عنده سببا فلا يلزمه أن يترتب عليه حكما.

النوع السادس: من تصرفات الحكام الفتاوى فى العبادات وغيرها من تحريم الأبضاع وإباحة الانتفاع بطهارة المياه ونجاسة الأعيان فليس ذلك حكم، بل لمن لا يعتقد ذلك أن يفتى بخلاف ما أفتى به الحاكم والإمام الأعظم، وكذلك إذا أمر بمعروف أو نهى عن منكر هو يعتقده منكرا أو معروفا، فلمن لا يعتقد ذلك أن لا يفعل مثل فعلهم، إلا أن يدعوه الإمام للإنكار، وتكون مخالفته شقاقا، فتجب الطاعة لذلك، وأما الحاكم فلا يساعد على ما نعتقد نحن خلاف ما هو عليه، إلا أن يخشى فتنة ينهى الشرع عن المسامحة فيها.

النوع السابع: تنفيذات الأحكام الصادرة عن الحاكم فيما تقدم الحكم فيه من غير المنفذ بأن يقول ثبت عندى أنه ثبت عند فلان من الحكام كذا، فهذا ليس بحكم من المنفذ البتة وكذلك إذا قال: ثبت عندى أن فلانا حكم بكذا فليس حكما من هذا المثبت، بل لو اعتقد أن ذلك الحكم على خلاف الإجماع صح منه أن يقول ثبت عندى أنه ثبت عند فلان كذا وكذا، لأن التصرف الفاسد والحرام قد يثبت عند الحاكم ليرتب عليه تأديب ذلك الحاكم أو عزله.

تنبيه: كل تسجيل يتضمن إرجاء الحجة لغائب أو صغير حاضر بعدت بينته فللقاضى الثانى تعقبه بما يجب، بخلاف التسجيلات المطلقة.

النوع الثامن: تصرفات الحكام بتعاطى أسباب الاستخلاص ووصول الحقوق إلى مستحقيها من الحبس والإطلاق، وأخذ الكفلاء الأملياء، وأخذ الرهون لذوى الحقوق وتقدير مدة الحبس بالشهور وغير ذلك، فهذه التصرفات كيفما تقلبت ليست حكما لازما، ولغير الأول من الحكام تغيير ذلك وإبطاله بالطرق الشرعية على ما تقتضيه المصلحة شرعا.

النوع التاسع: التصرفات فى أنواع الحجج بأن يقول: لا أسمع البينة لأنك حلفت قبلها مع علمك بها، وقدرتك على إحضارها، فلغيره من الحكام أن يفعل ما تركه وقد تقدم هذا وما معه من الصور التى ليست بحكم.

النوع العاشر: من التصرفات: تولية النواب فى الأحكام، ونصب الكتاب والقسام، والمترجمين والمقومين، وأمناء الحكم للأيتام، وإقامة الحجاب، والوزعة ونصب الأمناء فى أموال الغياب والمجانين، فهذا وما أشبهه ليس بحكم فى هذه المواطن ولغيره من الحكام نقض ذلك وإبداله بالطرق الشرعية، لا بمجرد التشهى والغرض.

النوع الحادى عشر: إثبات الصفات فى الذوات الموجبة للتصرف فى الأموال كالترشيد وإزالة الحجر عن المفلسين والمجانين والمبذرين ونحو ذلك بحكم يتعذر نقضه، بل لغيره أن ينظر فى تلك الأسباب، ومتى ظهر له وتحقق عنده ضد ما تحقق عند الأول نقض ذلك وحكم بضده، فيطلق من حجر عليه ويحجر على من أطلقه الأول، لأنه إثبات صفة لا إنشاء حكم.

النوع الثانى عشر: من تصرفات الأئمة الإطلاقات من بيت المال، وتقدير مقاديرها فى كل عطاء، والإطلاقات من الفىء والخمس في الجهاد، والإطلاقات من أموال الأيتام التى تحت أيدى الحكام على مصالح الأيتام، والإطلاقات فى الأرزاق للقضاة والعلماء وأئمة الصلاة والقسام وأرباب البيوت والصلحاء، وإطلاقات الإقطاعات للأجناد وغيرهم، فهذا كله ليس حكما ولغيره إذا رفع إليه أن ينظر بما يراه من الطرق الشرعية.

النوع الثالث عشر: اتخاذ الأحمية من الأراضى المشتركة بين عامة المسلمين ترعى فيها إبل الصدقة وغيرها، كما فعل عمر بن الخطاب -رضى الله عنه- فهذا ليس

حكما ولغيره بعد أن يبطل ذلك الحمى ويفعل فى تلك الأرض ما تقتضيه المصلحة الشرعية.

النوع الرابع عشر: تأمير الأمراء على الجيوش والسرايا ليس بحكم، فقد عزم الصحابة -رضى الله عنهم- على رد جيش أسامة وكان النبى ﷺ جهزه وهو مريض فنفذه أبو بكر -رضى الله عنه- لما ظهر له أن تنفيذه هو المصلحة، لأن تنفيذه عقيب موت النبى ﷺ يدل على اجتماع كلمة المسلمين وقوتهم على ما كانوا عليه، واهتمامهم بالجيوش والسرايا.

النوع الخامس عشر: تعيين أحد الخصال فى عقوبة المحاربين وذلك التعيين ليس بحكم، فلو رفع لغيره ممن يرى التخيير مطلقا قبل التنفيذ ورأى المصلحة فى تعيين غير ما عينه الأول كان ذلك له لأن تعيين الأول ليس حكماً شرعيا.

النوع السادس عشر: تعيين مقدار من التعزيرات إذا رفع إلى غير ذلك الحاكم قبل التنفيذ فرأى خلاف ذلك، فله تعيين مقداره وإبطال الأول، لأنه ليس بحكم شرعى بل اجتهاد فى سبب هو الجناية، فإذا ظهر للثانى أنها لا تقتضى ذلك فله الحكم بما يراه، وهذا بخلاف تعيين الأسارى للرق ونحوه، لأنها مسألة خلاف بين العلماء فقال بعضهم: إن الأسارى يقتلون فقط، ومذهبنا ومذهب الشافعى وأبى حنيفة جواز الاسترقاق أو ضرب الجزية، فإذا اختار أحدهما فهو حكم منه بالذى اختاره، وهو إنشاء حكم فى مختلف فيه، وكذلك كل خصلة من الخصال الخمس التي يخير فيها الإمام بين الأسر والمن والفداء وضرب الجزئية والقتل والاسترقاق، فاختياره لخصلة من ذلك إنشاء حكم في مختلف فيه، بخلاف مقادير التعزيرات ليس فيها خلاف، وإنما هو بحسب القائل والمقول فيه والقول، أو وقع منه فعل فالتعزير بحسب عظمه وحقارته، وكذلك اختياره لخصلة من عقوبة المحاربين إن وجد من المحاربين القتل، وعين الإمام القتل فليس ذلك إنشاء حكم فى مختلف فيه. أما إذا عين الإمام القتل فى محارب لم يقتل بل عين القتل لعظم رأيه ودهائه، وأن قتله مصلحة للمسلمين، فهذه مسألة خلاف، فالشافعى يمنع قتل المحارب إلا إذا قتل ولا يقطعه إلا إذا قطع، فتصير هذه كمسألة الأسارى فتتعين خصلة من خصال عقوبة المحارب، ويكون على هذا التقدير إنشاء حكم فى

مختلف فيه لا يجوز لغيره نقضه، وكذلك تعيين أرض العنوة للبيع أو القسم أو الوقف إنشاء حكم فى مختلف فيه.

النوع السابع عشر: الأمر بقتل الجناة وردع الطغاة إذا لم ينفذ، ليس هو إنشاء حكم في مختلف فيه ولغيره من القضاة إذا اتصل به أن ينظر فى تحقيق سببه، إلا أن تكون المسألة مختلفا فيها كتارك الصلاة وقتل الزنادقة، فإنه إذا عين القتل وحكم به كان هذا إنشاء حكم فى مختلف فيه، فليس لغيره نقضه بخلاف قتال البغاة المجمع عليه ونحوه فإنه متفق عليه.

النوع الثامن عشر: عقد الصلح بين المسلمين والكفار ليس من المختلف فيه، بل جوازه عند سببه مجمع عليه لأن الصلح إنما هو التزام لكفاية الشر حالة الضعف، ولغيره بعده أن ينظر هل السبب يقتضى ذلك فيبقيه أو لا فينقضه ويبطله.

النوع التاسع عشر: عقد الجزية للكفار لا يجوز نقضه لكن ليس لكونه حكما إنشائيا كالقضاء بصحة العقود المختلف فيها، بل لأن الشرع وضع هذا العقد موجبا للاستمرار فى حق العقود له ولذريته إلى يوم القيامة، إلا أن يكون وقع على وجه يقتضى النقض كعقده لأهل دين لا يجوز إقرارهم على ذلك، نحو الزنادقة والمرتدين ونحوهم.

النوع العشرون: تقرير الخارج علي الأرضين وما يؤخذ من تجار الحربيين ليس بحكم، إنما هو ترتيب ما تقتضيه الأسباب الحاضرة، فإن ظهر لغيره أن السب على خلاف ما اعتقده الأول فعل غير ذلك، وإن تبين أن العقد على خلاف الغبطة للمسلمين نقضه كما إذا باع مال اليتيم بالبخس فإنه ينقض.

فصل فى بيان ما يفتقر لحكم الحاكم وما لا يفتقر إليه وبيان المواضع التى يدخلها الحكم والتى لا يدخلها، والأحكام على أربعة أقسام

القسم الأول: لابد فيه من حكم الحاكم وهو ما يحتاج إلى نظر وتحرير وبذل جهد فى تحرير سببه ومقدار مسببه، وذلك كالطلاق بالإعسار والطلاق بالاضطرار والطلاق علي المولى، لأنه يفتقر إلى تحقيق الإعسار، وهل هو ممن يلزمه الطلاق

بعدم النفقة أم لا؟ كما لو تزوجت فقيرا علمت بفقرة فإنها لا تطلق عليه بالإعسار بالنفقة، وكذلك تحقيق حاله، وهل هو ممن يرجى له شيء أم لا؟ وكذلك تحقيق صورة الإضرار، وكذلك يمين المولى، ينظر هل هى لعذر أو لغير عذر؟ كمن حلف أن لا يطأها وهى مرضع خوفا على ولده فينظر فيما ادعاه، فإن كان مقصوده الإضرار طلقت عليه وإن كان لمصلحة لم تطلق عليه، وكذلك التطليق على الغائب، وكذلك التطليق على المعترض ونحو هؤلاء.

تنبيه: إذا تقر أن هذه المسائل وما أشبهها لابد فيها من حكم الحاكم، فهل صدور الطلاق [illegible] صادر عن الحاكم أو عن الزوجة أو بعضه عن الحاكم وبعضه عن الزوجة؟ اختلف فى هذه المسئلة، فحكى ابن سهل فيها أن القاضى أبا محمد ابن سراج وكان أحد المشاورين بالأندلس أجاب فيها: إن الطلاق للرجال إلا ما وقع فيه تخيير أو تمليك، فذلك بيد المرأة، بما جعل الزوج إليها، أو وضعه بيدها، وما سوى ذلك مما فيه حكم الحاكم فالطلاق إليها، وأجاب للغائب فيها أبو عبد الله بن عتاب بجواب يطول ذكره بحروفه، ملخصه: أن من قامت فى مغيب زوجها بعدم النفقة ونظر فى أمرها بما يجب النظر للغائب فإن القاضى يبيح لها أن تطلق نفسها طلقة يملك الغائب فيها رجعتها إن رجع موسرا فى عدتها، ونص على ذلك ابن العطار، قال ابن عتاب: وهو من العلماء الفقهاء الموثوق بهم: ولا مخالف له فيما أعلم، والحجة له قائمة من السنة وهو حديث بريرة فقد قال لها رسول الله ﷺ: **«أنت أملك بنفسك إن شئت أقمت مع زوجك وإن شئت فارقتيه»**، ومعنى المسئلة السابقة راجعة إلى هذا الأصل ومستنبطة منه، فالحاكم يقول للقائم عنده بعدم النفقة بعد كمال نظره بما يجب: إن شئت أن تطلقى نفسك وإن شئت التربص عليه، فإن طلقت أشهدت على ذلك قال ابن عتاب: وهذا واضح إلا عند من عاند السنة وخالف الأئمة، ومما يدل على ما قلنا ما وقع فى «المدونة» قيل: لابن القاسم لم جعل مالك خيار الأمة بطلقة بائنة. قال: لأن كل فرقة من قبل السلطان فهى تطليقة بائنة عند مالك، وإن لم يؤخذ عليها مال، ألا ترى أن الزوج إذا لم يستطع أن يمس أمرأته فضرب له أجل سنة وفرق بينهما أنها تطليقة بائنة، والمعنى المقصود إليه من هذه المسألة أن المرأة هى المفارقة وإضافة إلى السلطان،

ومثل ذلك بالمعترض عن امرأته، فدل ذلك على اتفاقهما فى الحكم، ومن هذا المعنى: الحر يتزوج الأمة على الحرة فلها الخيار، ولها إيقاع الطلاق، وجملة القول أن الحق إذا كان للمرأة خالصا فإنفاذ الطلاق إليها مع إباحة الحاكم لها ذلك، كما جاد فى حديث بريرة، ونسبة الطلاق إلى القاضى لكونه ينفذه ويحكم به كما يقال فرق السلطان بينهما، وكما يقال قطع الأمير السارق ورجم وجلد وهو لم يفعل، وإنما أمر به، فما جاء من تفريق السلطان فهو بهذا المعنى، ولو أراد السلطان إنفاذ الطلاق فيها تقدم وفى العنين وفى الأمة تعتق، وفى الحرية يتزوج الأمة علي الحرة، فقالت المرأة فى هذه الصورة كلها: أنا أقيم ولا أريد الفراق كان ذلك لها، وقد روى عن ابن القاسم في امرأة المعترض تقول: لا تطلقونى وأنا أصبر إلى أجل آخر، قال ذلك لها ثم تطلق نفسها متى شاءت بغير سلطان، وكذلك الذي يحلف ليقضين فلانا حقه أنه يوقف عن امرأته، فإذا جاءت أربعة أشهر قيل له فىء وإلا طلقنا عليك، فتقول امرأته: أنا أنظره شهرين أو ثلاثة، فذلك لها، ثم تطلق متى شاءت، بغير أمر السلطان، وهذه الرواية ظاهرة فى أن المرأة تطلق نفسها، ولا اعتراض مما فى السؤال من قول المرأة لا تطلقونى، لأنها جهلت أن ذلك لها ولأنه أعقب ذلك بالبيان بأنها هى المطلقة بعد التأخير، فكذلك تكون هى المطلقة فى المسألة السابقة إن أحبت ذلك، وكذلك لا اعتراض بقوله فى مسألة المولى: وإلا طلقنا عليك، لأن معناه أنا نجعل ذلك إلى المرأة فتنفذ هى طلاقها إن شاءت.

وطلاق المولى على قسمين: قسم توقعه المرأة وهو فى الصورة المتقدمة وقسم يوقعه الحاكم، وهو إذا قال لها: إن وطئتك فأنت طالق ثلاثا، ففيها أقوال، أحدها: أنه مولٍ ولا يمكن من وطئها لأن باقى وطئه بعد التقاء الختانين حرام فإذا رفعته إلى الحاكم فإن الحاكم ينجز عليه الطلاق، قاله ابن القاسم. وإن لم ترفعه ورضيت بالمقام بلا وطءٍ فلها ذلك، قال ابن سهل: سمعت أبا مروان بن مالك القرطبى يستحسن إيراد هذه المسألة من الشيخ ابن عتاب، ويقول: لو كانت لأحد من المتقدمين لعدت من فضائله.

قال ابن سهل: وفى سماع عيسى عن ابن القاسم فيمن تزوج حرة على أنه حر فإذا هو عبد، قال: لها أن تختار قبل أن ترفع ذلك إلى السلطان، فما طلقت به

نفسها جاز عليه، وأما المجذوم فلا خيار لها حتى ترفع ذلك إلى السلطان، ثم ليس للسلطان أن يفوض إليها أمرها تطلق متى شاءت، ولكن على السلطان إذا كرهته وأرادت فراقه أن يفرق بينهما بواحدة، إذا يئس من برئه، وكذلك المجنون إلا أنه يضرب له أجل سنة كان موسوسا أو يغيب مرة ويفيق أخرى، وهذا يوضح المعنى الذى قصده أبو عبدالله بن عتاب من تقسيم الطلاق المحكوم به، أن قسما منه توقعه المرأة خاصة دون الحاكم، وقسما آخر ينفذه الحاكم إذا طلبته.

تنبيه: ولم يذكر ابن عتاب فى التقسيم الطلاق الذى يوقعه الحاكم بغير إذن المرأة، وإن كرهت إيقاعه كزواجها بغير ولى وتزويجها ممن ليس بكفء ونكاحها للفاسق، ومن تزوجت مع وجود والدها ولم يستأذنه وليها الذى زوجها على ما فيه من التفصيل وأنواع الأنكحة الفاسدة وهو باب يطول تعداده.

فصل: ومما يفتقر إلى حكم الحاكم تفليس من أحاط الدين بماله، وكذلك بيع من أعتقه المديان لتعارض حق الله تعالى فى العتق وحق الغرماء فى المالية، وكذلك إذا هرب الجمال وكان الزمان غير معين ولم يفت المقصود فإذا رفع ذلك إلى السلطان نظر فى ذلك فيفسخه عنه إن كان فى الصبر مضرة، ولا يفسخ بغير حكم الحاكم من كتاب «قيد الشكل وحل المعضل» لابن ياسين، ويلحق بذلك الحدود، فإنها تفتقر إلى حكم حاكم وإن كانت مقاديرها معلومة، لأن تفويضها لجميع الناس يؤدى إلى الفتن والشحناء والقتل وفساد الأنفس والأموال، وكذلك إذا حلف ليضربن عبده ضربا مبرحا فعتقه عليه، يفتقر لحكم الحاكم لأنه لا يدرى هل ثم جناية تقتضى مثل هذا الضرب أم لا، ويحتاج إلى تحقيق كون ذلك الضرب مبرحا بذلك العبد، وهل السيد عاص به فيعتق عليه، لأن الحلف على المعصية يوجب تعجيل العتق، أو ليس عاصيا فلا يلزمه عتق وهذا بعد وقوعه من السيد، وكذلك من أعتق نصف عبده فإنه لا يعتق عليه بقية العبد إلا بالحكم لتعارض حق الله تعالى فى العتق وحق السيد فى الملك وحق العبد فى تخليص الكسب، وقوة الخلاف فى التكميل عليه. وكذلك تعجيز المكاتب إذا كان له مال ظاهر لا يكون إلا بالحكم، ولو رضى بتعجيز نفسه هو وسيده لم يكن لهما ذلك، وكذلك التطليق على الغائبين من المفقودين وغيرهم، فلابد فى ذلك من حكم الحاكم،

وكذلك قسمة الغنائم وإن كانت معلومة المقادير، وأسباب الاستحقاقات فلابد فيها من الحاكم، ولو فوضت لجميع الناس لدخلهم الطمع، وأحب كل إنسان لنفسه من كرائم الأموال ما يطلبه غيره، فكان ذلك يؤدى إلى الفتن، وكذلك جباية الجزية وأخذ الخراجات من أراضى العنوة لو جعلت إلى العامة لفسد الحال، فلابد فيها من حكم الحاكم، وكذلك التعزيرات لأنها تفتقر إلى تحرير الجناية وحال الجانى والمجنى عليه، فلابد فيها من الحاكم، وكذلك ما جرى هذا المجرى كاستيفاء القصاص. وكثير من الأحكام، يطول تتبعها.

القسم الثانى: ما لا يحتاج إلى حكم حاكم كتحريم المحرمات المتفق عليها، كالعصير إذا اشتد، والمختلف فيها كتحريم السباع، وكذلك وفاء الديون ورد الودائع والمغصوب وأحكام العبادات، فالمبادرة بها متعين ولا يفتقر فيها إلى حكم المحاكم استقلالا، وأما بطريق العرض يدخلها حكم الحاكم، وسيأتى بيانها، ومما لا يفتقر فيه لحكم الحاكم إذا هرب الجمال بالإبل وكان الكراء لشهر بعينه انفسخ بمضيه من غير افتقار لحكم الحاكم، وإن كان بغير عينه ولم يفت ما اكتريت له فليرجع إلى الحاكم فينظر فإن كان لا ضرر على المكترى فى الصبر لم يعجل بالفسخ، وإن كان فى الصبر مضرة فسخ، فإن لم يرفع إلى الحاكم فهل يفسخ كالمعين أو لا قولان من المذهب فى «ضبط قواعد المذهب» لابن راشد.

القسم الثالث: ما اختلف فيه هل يفتقر إلى حكم أو لا؟ مثال ذلك: قبض المغضوب من الغاصب إذا كان المغصوب منه غائبًا وكذلك من أعتق شركًا له فى عبد هل يفتقر التكميل وعتق باقيه إلى حكم حاكم أم لا. قال ابن يونس: اتفق أصحابنا على أنه يعتق بمجرد التقويم من غير حاجة إلى حكم الحاكم. وقال غيره: يفتقر إلى الحاكم وكذلك عتق القريب إذا ملكه الحر الملىء المشهور عدم افتقاره لحكم، وقيل: لابد فيه من الحكم وكذلك العتق بالمثلة.

قال مالك: لا يعتق إلا بالحكم، وقال أشهب: لا يفتقر، وكذلك فسخ البيع بعد تحليف المتبايعين يجرى فيه الخلاف، وكذلك فسخ النكاح بعد التحالف؛ فيه الخلاف أيضًا، وكذلك اليتيم المحجور عليه بوصى من قبل الأب هل يكفى إطلاقه لليتيم من الحجر دون مطالعة الحاكم فى ذلك أو لابد من استئذان الحاكم فى ذلك

حتى يكون إطلاق الوصى له بإذن الحاكم؛ فيه خلاف، وكذلك وقوع الفرقة بين المتلاعنين: قال مالك وابن القاسم: تقع الفرقة بتمام التحالف دون حكم الحاكم، وقال ابن حبيب: لا تقع الفرقة بتمام لعانهما حتى يفرق الإمام بينهما، وكذلك إذا تزوجت الحاضنة فهل يسقط حظها من الحضانة بالدخول أو بالحكم بأخذ الولد منها قولان، وكذلك إذا قال لزوجته إن لم تحيضى فأنت طالق، فإنه يحنث على المشهور، وعلى المشهور فهل يفتقر الطلاق إلى الحاكم أو يقع بمجرد نطقه قولان، اختار اللخمى أنه لا يقع إلا بالحكم. وكذلك المسلم المختف فى فساده هل يفتقر فسخه إلى حكم حاكم أو لا وإذا قلنا يفتقر فهو كالسلم الصحيح حتى يباشر الحكم بالفسخ اختلف إذا هرب الجمال وكان الكراء لقصد أمر له بأن يفوت بفواته كالحج والخروج إلى البلاد الشاسعة مع الرفقة العظيمة فجاءه الجمال بعد فوات الوقت، فقيل: ينفسخ بفوات ذلك كالزمن المعين. وقيل: لا ينفسخ لتوقع الحج والسفر فى وقت ثان. وفى «المدونة»: لا ينفسخ إلا فى الحج وحده، ولا يختلف أنه إذا رفعه إلى الحاكم ففسخه أنه ينفسخ؛ من كتاب «قيد المشكل»، وكذلك القاضى هل ينعزل بمجرد فسقه أو لا حتى يعزله الإمام؟ قولان، وكذلك المفلس إذا قسم ماله وحلف أنه لم يكتم شيئًا ووافقه الغرماء على ذلك فهل ينفك عنه الحجر ويكون له التصرف فيما يكون بعد ذلك من المال من غير أن يزيل عنه الحاكم حجر التفليس! وهو أكثر نصوصهم، واختاره اللخمى، أو لا ينفك عنه إلا بحكم حاكم؟ وهو قول القاضى عبد الوهاب والقاضى أبى الحسن بن القصار، ونتبع هذا عن المقصود.

القسم الرابع: فى بيان المواضع التى يدخلها الحكم استقلالا أو تضمنًا ملخصًا من كلام الإمام العلامة سراج الدين عمر البلقينى -متع الله ببقائه- وبعضه من كلام أهل المذهب، فالطهارة لا يدخلها شىء من الحكم بالصحة ولا بالموجب استقلالا، لكن يدخلها الحكم بطريق التضمن، كتعليق عتق أو طلاق على طهارة ماء أو نجاسة، فإذا ثبت عند الحاكم وقوع الطلاق لوجود الصفة فحكم بصحة الطلاق أو بموجب ما صدر من المعلق ووجود صفته كان ذلك متضمنًا للحكم بالنجاسة أو بالطهارة، والصلاة يدخلها الحكم بالتضمن مثل من صلى المكتوبة

بوضوء خال عن النية، أو مع وجود مس الذكر لاعتقاده صحة الصلاة مع ذلك، فإذا حكم حاكم بعدالة من فعل ذلك والحاكم معتقد صحة ذلك كان حكمه متضمنًا صحة وضوئه، وعلى هذا قياس الصلاة الخالية عن قراءة الفاتحة أو عن الطمأنينة ونحو ذلك، قال الشيخ سراج الدين: ولقد عجبت من قاض حضر عند سلطان ووقع الكلام فى صحة إقامة الجمعة فى جامع بناه ذلك السلطان فما تكلموا فى الخلاف فى ذلك قال القاضى: نحكم بصحة إقامة الجمعة فيه وهذا كلام باطل، ولا يتصور أن يدخل ذلك ولا نحوه تحت الحكم استقلالا ولا تضمنًا على الإطلاق، لكن يدخل بالنسبة إلى واقعة خاصة من تعليق الطلاق أو غيره على صحة إقامة الجمعة فى هذا المكان، فالحكم إذا توجه إلى المعلق بما التزمه يتضمن صحة إقامة الجمعة فى هذا المكان بالنسبة إلى إلزام الشخص لا مطلقًا.

وأما الزكاة فيدخلها الحكم وذلك مثل ما لو حكم حاكم يرى جواز إخراج القيمة فى الزكاة بصحة الإخراج أو بموجب الإخراج عنده وهو سقوط الفرض بذلك، كان الحكم بالصحة والموجب فى ذلك سواء، وليس للساعى إذا كان ذلك الحكم مخالفًا لمذهبه أن يطالب المالك بإخراج الواجب عنده، سواء حكم بالصحة أو حكم بالموجب. وأما الصوم فيدخله أيضًا، وذلك إذا صام الوالى الوارث عن الميت وطلب الوصى أن يخرج الطعام فامتنع الوارث منه، وترافعا إلى حاكم يرى صحة الصوم عن الميت فحكم بصحته أو بموجبه فليس للوصى أن يخرج الطعام حينئذ، ولا أن يطالب الوارث بذلك، بخلاف ما قبل الحكم.

وأما الاعتكاف فيدخله استقلالاً وتضمنا، أما الاستقلال ففى مسائل:

منها: أنه يقضى للمكاتب على سيده بالاعتكاف اليسير.

ومنها: من اعتكفت بغير إذن زوجها فله منعها، وكذلك العبد، وكذا لو اعتكف المديان هروبًا من أداء الحق فإن الحكم يرى فيه رأيه.

ومنها: إذا وطىء المعتكف أدبه الحاكم، وأما التضمن فكما تقدم فى الطهارة والصلاة.

وأما الحج فإنه لو فسخ حنبلى حجه إلى عمرة حيث يسوغ عنده وله زوجة ليس معتقدها ذلك فامتنعت من تمكينه بعد التحلل فارتفعا إلى حاكم حنبلى فحكم عليها بصحة ما فعل زوجها الحنبلى أو حكم بموجب ذلك عنده فهما مستويان، ولو حكم عليها بالتمكين كان متضمنًا للحكم بصحة ما فعله الزوج وهو نفس الموجب.

وأما الأضحية فهى عبادة لا يدخلها الحكم استقلالا وقد يدخلها بطريق التضمن فى التعليق كما تقدم.

وأما الصيد فيدخله الحكم استقلالا فإذا تنازع اثنان فى صيد وترافعا إلى الحاكم وتصادقا على فعلين صدرا منها على الترتيب مثلاً أو قامت البينة على ذلك، وكان مقتضى مذهب الحاكم أنه للأول أو للثانى فحكم له بأنه المالك كان ذلك حكمًا مستقلاً صحيحًا، وإنما دخل الحكم فى ذلك لأنه يقتضى إلى الملك وجميع وجوه الملك يدخلها الحكم.

وأما الذبائح فيدخلها الحكم من جهة التقصير المقتضى للتغريم، وكذلك دفع الأجرة، لو قامت البينة أنه ذبح صحيح فإنه يحكم له باستحقاق الأجرة، وكذا لو باع صاحب الذبيحة لشخص ثم ارتفعا إلى حاكم، وادعى المشترى أنها حرام لأمر ادعاه أو ظهر للحاكم ذلك بإقرار أو بينة حكم على البائع برد الثمن كان ذلك حكمًا منه بتحريم الذبيحة، وكذا إذا ثبت التقصير فى الذبح وحكم بالغرم كان ذلك متضمنًا للحكم بحرمة الذبيحة.

وأما الأطعمة فيدخلها الحكم استقلالاً مثاله: إذا نزلت برجل مخمصة فوجد مع رجل طعامًا فامتنع من إطعامه ومن مساوته، فإن له أن يقاتله فإن مات الجائع وجب القصاص، وإن أخذه الجائع قهرًا فعليه قيمته.

وأما الأيمان فيدخلها الحكم استقلالا كمن حلف بطلاق امرأته ليجلدنها مائة سوط، فإن الحاكم يمنعه من ذلك، ويطلقها عليها، وغير ذلك كثير.

وأما الجهاد فيدخله استقلالا فى أكثر مسائله وهو واضح لا يحتاج إلى تمثيل.

وأما النكاح وتوابعه فدخول الحكم بالصحة والموجب فيها واضح، وكذا سائر

المعاملات من البيع والقرض والرهن والإجارة والمساقاة والقسمة والشفعة والعارية والوديعة والحبس والوكالة والحوالة والحمالة والضمان، وغير ذلك من أبواب المعاملات، كلها يدخلها الحكم بالصحة، والحكم الموجب، فلا نطول بالتمثيل والحمد لله وحده.

فصل: فى الفرق بين ألفاظ الحكم المتداولة فى التسجيلات وهى مراتب فى القوة والضعف فأعلاها ليسجل بثبوته والحكم بصحته أعنى بصحة ذلك لعقد وقفاً كان أو بيعًا أو غيرهما، قال الإمام العلامة الشيخ سراج الدين عمر البلقينى الشافعى فسح الله له فى مدته: الحكم بالصحة عبارة عن قضاء من له ذلك فى أمر قابل لقضائه ثبت عنده وجوده بشرائطه الممكن ثبوتها، أن ذلك الأمر صدر من أهله فى محله على الوجه المعتبر عنده فى ذلك شرعًا، فقولنا: «عن قضاء»، يخرج الثبوت بحكم على الأصح وسيأتى الكلام عليه وقوله: من له ذلك، يدخل فيه الإمام ونوابه الذين لهم ذلك والذى لم يبلغه خبر العزل، وحاكم أهل البغى إذا لم يستحل دماء أهل العدل، والكافر حاكم الكفرة إذا حكم بينهم، والمحكم. وقولنا: قابل لقضائه، يخرج به ما لم يقبل القضاء من عبادة مجردة، وما لم يكن فيه إلزام كالحكم على المعسر، وينجر ذلك إلى الحكم بالدين المؤجل والتدبير والاستيلاء، دومًا قبل القضاء، ولكن لا يقبل الإلزام. وقولنا: ثبت عنده وجوده يعم الثبوت بالبينة الكاملة وبالشاهد واليمين وبالإقرار وبعلم القاضى عند الشافعى والحنفى وباليمين المردودة بعد النكول عند المالكية وعند الشافعية، أو ما يتنزل منزلة ذلك مما سيأتى ذكره -إن شاء الله تعالى- ويفهم من قولنا: «وجوده»، أن العدم لا يتوجه الحكم إليه، وقوله: «بشرائطه الممكن ثبوتها»، يفهم منه أن جميع الشروط لا يعتبر أن تثبت فى الحكم بالصحة، وإن كان من جملة الشروط فى البيع مثل أن يكون المبيع مقدورًا على تسليمه عند المالكية والشافعية، فلا يصح بيع المرهون ويقف على إجازة المرتهن، ولا يصح بيع المكاتب والجانى جناية توجب أرشا متعلقًا برقبته، ولا يصح وقف شىء من ذلك ولا هبته، ولا يكلف أحد انتفاء ذلك فى الحكم بصحة البيع، ولا فى الحكم بموجبه لأن انتفاء غير المحصور متعذر وإنما طلب ذلك فى أن لا وارث للميت سوى القائم من أجل ظهور استحقاق من

شهد له بذلك وهو الوارث، لأن هذه موانع والأصل عدمها، والذى يعتمد غالبًا فى التسجيلات بالحكم بالصحة فى الوقف ونحوه إثبات الملك والحيازة عند المالكية والشافعية، واكتفوا بشهرة بلوغ من صدر منه ورشده.

فإن قيل: فإنا نرى الحكام فى عقود الأنكحة يطالبون الشهادة بخلو الزوجة من موانع النكاح من زوج وعدة ونحوهما، فهلا طالبوا الشهادة على خلو البيع من رهن وجناية ونحوهما؟

وقلنا: سببه الاحتياط فى الأبضاع وأيضًا فإن التزويج لو وقع كان مشتهرًا غالبًا فطلبنا الشهادة بعدمه لإمكان الاطلاع عليه بخلاف الرهن ونحوه، وقولنا: إن ذلك صدر من أهله فى محله هذا هو محط الحكم بالصحة لهما ذكره الشيخ سراج الدين فى الحدود. وذكرت فيه شيئًا من مسائلنا.

قال الشيخ تقى الدين السبكى فى «شرح المنهاج» فى «باب الوقف» ما ملخصه: إن الحكم إذا تقرر بالصحة أعلى درجات الحكم، فمن شرط هذا الحكم ثبوت ملك مالك وحيازته وأهليته وصحة صيغته فى مذهب القاضى، يريد إن كان شافعيًا وصحة الصيغة عند المالكية إنما تشترط فى مواضع معدودة كلفظ «ساقيتك» فى باب المساقاة والحوالة، والصيغة المعتبرة فى عقدة النكاح والوصية، والصيغة فى باب الإقرار والوكالة والحبس والقراض. قال ابن عبد السلام: القراض لا ينعقد بكل لفظ بل بلفظ القراض أو غيره من الألفاظ التى تذكرها الفقهاء، ففى هذه المواضع وما أشبهها تعتبر صحة الصيغة أو ما يقوم مقامها فإذا وقع الحكم بالصحة وصرح بصحة ذلك التصرف أعنى ما تقدم فى أول الفصل فى قوله أعنى بصحة ذلك وقفًا كان أو بيعًا فلا سبيل إلى نقضه باجتهاد مثله، إذا كان فى محل مختلف فيه اختلافًا قريبًا لا ينقض فيه قضاء القاضى، وكم يتبين بناؤه على سبب باطل، وقد يعرض لهذه اللفظ أعنى الحكم بالصحة الفساد من جهة تبين عدم الملك أو شرط آخر فلا ينافى ذلك ما قصده، فإذا تبين بطلان الحكم لفوات محله نقضه ذلك القاضى نفسه أو غيره، لأن الخلل الذى ظهر تبين أنه فى محل الحكم لا فى الحكم ومن الألفاظ المتعارفة فى التسجيل، ليسجل بثبوته وصحته.

قال الشيخ تقى الدين: كثيرًا ما تكتب هذه اللفظة فى التسجيلات فيحتمل عود الضمير فى صحته على الثبوت فيراجع فيه الحاكم، ولا يكون صريحًا فإن عسرت المراجعة فهو محمول على الحكم بصحة التصرف، كما لو صرح به لأنه كالمتعارف ومعنى صحته كونه بحيث تترتب آثاره عليه، ومعنى حكم القاضى بذلك ألزمه لكل أحد، فإذا كان فى محل مختلف فيه والحيازة وأهلية التصرف كما تقدم فى اللفظ الأول، وصحة الصيغة على ما تقدم بيانه، فكلما كان مختلفًا فيه وعرفه القاضى وحكم به مع علمه بالخلاف ارتفع أثر ذلك الخلاف بالنسبة إلى تلك الواقعة فهى صحة مطلقة فى نفس الأمر بحسب ما ذكرناه من رفع الخلاف، وقد يعرض لهذا الفساد كما تقدم، ومن ألفاظ الحكم ليسجل بثبوته والحكم بموجبه، وهذا من ألفاظ الحكم ليسجل بثبوته والحكم بموجبه، وهذا من الألفاظ المتعارفة التى غلبت فى هذا الزمان، وهذه اللفظة أحط رتبة من الحكم بالصحة، قال الشيخ تقى الدين: لأن الحكم بالصحة يستدعى ثلاثة أشياء: أهلية التصرف وصحة صيغته وكون تصرفه فى محله ولذلك اشترط فيه ثبوت الملك والحيازة، والحكم بالموجب يستدعى شيئين، وهما: أهلية التصرف وصحة صيغته، فيحكم بموجبها وهو مقتضاها، ومعناه أنه إن كان مالكًا صح الحكم لأن مقتضاها وموجبها ذلك، وكأنه حكم بصحة تلك الصيغة الصادرة من ذلك الشخص فلا يتطرق إليه نقض من ذلك الوجه. قال: ولذلك أقول: ليس حاكم آخر يرى خلاف ذلك نقضه ولا ينقض إلا أن يتبين عدم الملك، فيكون نقضه كنقض الحكم بالصحة.

تنبيه: وإنما جاز الحكم بالموجب مع عدم ثبوت الملك، لأنه قد يعسر إثبات الملك، قال: ولم نجد هذه اللفظة وهى الحكم بالموجب فى شىء من كتب المذاهب، إلا فى كتاب أصحابنا.

وقد تعرض الشيخ العلامة سراج الدين البلقينى لبيان حد هذه اللفظة فقال ما ملخصه: الحكم بالموجب هو قضاء المتولى بأمر ثبت عنده بالإلزام بما يترتب على ذلك الأمر خاصًا أو عامًا على الوجه المعتبر عنده فى ذلك شرعًا، فذكر القضاء يخرج به الثبوت، فإنه ليس بحكم على الأصح كما سيأتى -إن شاء الله تعالى- ويفهم من قوله: «المتولى» الإمام ونوابه الذين لهم ذلك على ما تقدم بيانه فى حد

الحكم بالصحة، ويجرى فى قوله: «ثبت عنده» ما تقدم فى حد الصحة فى معنى ذلك وقوله: «بالإلزام» إلى آخره يعنى بالإلزام بذلك الأمر الذى ثبت عنده وهو صدور الصيغة فى ذلك، فالحكم يتوجه إلى الإلزام بذلك الشىء الخاص لا مطلقًا كما تقدم بيانه فى كلام الشيخ تقى الدين.

ومن هنا يظهر بين الحكم بالصحة والحكم بالموجب فروق:

الأول: أن الحكم بالصحة منصب إلى نفاذ العقد الصادر من بيع أو وقف ونحوهما، والحكم بالموجب منصب إلى ثبوت صدور ذلك الشىء والحكم على من صدر منه بموجب ما صدر منه، ولا يستدعى ثبوت أنه مالك مثلاً إلى حين البيع أو الوقوف ولا بقية ما تقدم فيما يعتبر فى الحكم بالصحة، وهذا بالنسبة إلى البائع أو الواقف، إذا حكم عليه القاضى بموجب ما صدر منه، وهذا غير سالم من الاعتراض وسيأتى ما يرد عليه.

الثانى: أن العقد الصادر إذا كان صحيحا باتفاق ووقع الخلاف فى موجبه فالحكم بالصحة فيه لا يمنع من العمل بموجبه عند غير الذى حكم بالصحة، ولو حكم فيه الأول بالموجب امتنع العمل بموجبه عند الحاكم الثانى، مثال ذلك التدبير صحيح باتفاق، وموجبه إذا كان تدبيرا مطلقا عند الحنفية منع البيع، فلو حكم حنفى بصحة التدبير المذكور لم يكن مانعًا من بيعه عند من يرى صحة بيع المدبر، ولو حكم الحنفى بموجب التدبير امتنع البيع إلا عند م يرى نقض الحكم المذكور لمخالفته السنة الصحيحة، وهذا النقض حينئذ لمدرك آخر.

الثالث: أن كل دعوة كان المطلوب فيها إلزام المدعى عليه بما أقر به أو قامت به عليه البينة، فإن الحكم حينئذ فيها بالإلزام هو الحكم بالموجب ولا يكون بالصحة، ولكن يتضمن الحكم بالموجب الحكم بصحة الإقرار ونحوه.

الرابع: أن الحكم على الزانى بموجب زناه وعلى السارق بموجب سرقته، فإنه يدخله الحكم بالموجب ولا يدخله الحكم بالصحة، وكذا الحكم بحبس المديان حكم بالموجب ولا يدخله الحكم بصحة الحبس، إلا إذا كان مختلفا فيه، وطلب فيه الحكم بالصحة بطريقه، فإنه يحكم حينئذ بالصحة، ويكون الحكم بالموجب والحال ما ذكر متضمنا للحكم بصحة الحبس المختلف فيه، وهذا ضابط ينبغى التنبه له.

الخامس: أن الحكم بتنفيذ الحكم المختلف فـيه يكون بالصحة عند الموافق، وكذا عند المخالف الذى يجيـز التنفيذ فى المختلف فيـه، فالحكم بموجب الحكم المختلف فيه يكون حكما بالإلزام بالحكم المختلـف فيه، فيكون حكما بالإلزام بذلك الشىء المحكوم به، فـيجوز من الموافق ولا يجـوز من المخالف، لأنه ابتـداء حكم بذلك الشىء من غيـر تعرض للحكم الأول فى هذا الحكم الثـانى، وذلك لا يجوز عند المخالف.

تنبيه: قوله: «لأنه ابتداء حكم» مخالف لما قـاله القرافى، لأن التنفيذ عنده ليس هو إنشاء حكم إلا أن ينشىء فيه حكما وسيأتى ما ذكره فى ذلك.

السادس: لو ترافع المتـبايعان إلى حـاكم شافـعى أو مالكى وتنازعـا على وجه يقـتضى التـحالف فـحكم بتحـالفـهمـا كان ذلك منه حكمـا بالإلزام لا بصحـة التحالف، فالتحالف قبل وقوعه لا يحكـم بصحته، وكذا كل يمين وإلزام فيما لم يقع فإنه لا يحكم فـيه إلا بالإلزام، وهو موجب الحـجة القائمة، ولا يحكم فـيه بالصحة.

السـابع: لو حكم حنفـى بموجب البـيع بعـد ثبـوت ملك البـائع وأنه من أهل التصـرف، لم يكن ذلك بصحـة البيع ولكن يكون بعد قـبض المشتـرى حكما له بالملك، لأن موجب البيع الفاسد عنده بعد القـبض حصول الملك على ماهو مقرر عند الحنفية والمالكية، وموجب البيع الفـاسد بعد الفوات حصول الملك على ما هو مقرر فـيما يفوت به البيع وعلى هذا فلو عـرف الحاكم فساد البيع وحـصول قبض المشترى أو فساد البيع وفوات البيع بيده، وطلب المشترى من القاضى الحكم بالملك أو بموجب ما جرى، فإنه يحكم له بذلك، أعنى بالموجب، ولا يحكم له بالصحة أعنى البيع، ولا بصحة القبض لأنه لم يقع فى الأصل قبضا صحيحا.

الثامن: يتصور الفـرق بينهما فى بعض صـور القبض عند الشافعـية وفى قبض المختلف فى صحته وفـساده كما إذا أذن البائع للمشترى أن يكيل لنفـسه ما اشتراه مكيلاً ففعل فإن فى صـحة القبض وجهين عند الشافعيـة وأصحهما أنه لا يصح، وعند المالكية يصح.

قال الشيخ سراج الدين البلقينى: فلو اشترى قمحا مثلا وشرط فيه الكيل، وكان البائع قد اشتراه مكيلا وهو فى مكيال البائع، فهل يغنى ذلك عن التجديد؛ فيه وجهان. رجح جمع من الأصحاب أنه يكتفى به، وظاهر نص الشافعى عدم الاكتفاء حتى يجرى فيه الصاعان، ومذهب مالك جواز ذلك؛ ذكره اللخمى فى «التبصرة» فى السُّلم الثانى. فإذا فرعنا على مذهب الشافعى وارتفعت قضية من هاتين أعنى هذه المسألة والتى قبلها لحاكم شافعى مثلا، فحكم بصحة تصرف المشترى التصرف الذى لا يصح العقد إلا بعد صحة القبض، فإن ذلك لتضمن الحكم بصحة القبض ولو حكم بصحة القبض بطريقه صح ولو حكم بموجب القبض، ولم يتعرض لمعتقده فى القبض المذكور لم يكن الحكم مفيدا لصحة القبض على مذهب الشافعى خلافا للمالكية، قال: إلا أن يبين الحاكم عقيدته فى القبض، ويقول: حكمت بموجب القبض فى ذلك على معتقدى، فلو كان معتقد الحاكم أن القبض ليس بصحيح ومعتقده أنه يستقر به عقد البيع كما جزم به الإمام وغيره، وهو أحد الوجهين، كان الحكم بموجب القبض حينئذ مقتضاه استقرار البيع بهذا القبض.

التاسع: أن الحكم بالموجب يتضمن أشياء لا يتضمنها الحكم بالصحة، فمنها الحكم بإلزامه بمجرد العقد إذا صدر الحكم بذلك، وبيانه أن المالكى والحنفى إذا حكما بصحة البيع أعنى بمجرد عقد البيع لم يمنع ذلك إثبات خيار المجلس ولا فسخ المتعاقدين أو أحدهما بسبب ذلك الحكم، لأن الحكم بالصحة يجامع ذلك، فأما لو حكم المالكى أوالحنفى بموجب البيع والإلزام بمقتضاه. فإن على الحاكم الشافعى تمكين المتعاقدين ولا أحدهما من الفسخ لخيار المجلس، وليس للمتعاقدين ولا لأحدهما الانفراد بذلك، لأن ذلك يودى إلى نقض حكم الحاكم فى المحل الذى حكم به وهو الإيجاب، وهذا إذا لم ينظر إلى نقض القضاء بنفى خيار المجلس فإن نظرنا إلى ذلك فذلك لمدرك آخر.

ومنها: القرض فإنه يدخله الحكم بالصحة إذا وجد مقتضيها ويدخله الحكم بالموجب فينظر فيه حينئذ إلى عقيدة الحاكم فى حكمه بالموجب فإن كان من عقيدته

أن القرض يملك بالقبض كما تقوله المالكية فإنه لا يرجع المقرض فيما أقرضه، فإن الحاكم قد حكم بصحة القرض لم يمتنع على المقرض الرجوع فى القرض عند حاكم يرى الرجوع فيه، إذ هو فرض صحيح، ويصح الرجوع فيه فلا ينافى الحكم بالصحة القيام بالرجوع فى القرض، وإن حكم بالموجب والإلزام بمقتضى مذهبه امتنع على المقرض الرجوع فى العين المقرضة الباقية عند المقترض، لأن موجب القرض عند الحاكم المذكور امتناع الرجوع.

ومنها: الرهن فإنه يدخله الحكم بالصحة والحكم بالموجب والحكم فيه بالصحة لا يمنع المخالف فى الآثار من العمل بأثره على عقيدته فإنه لا يناقض شيئا من الحكم بالصحة كما تقدم فى المسألة الأولى. وإن صدر فيه الحكم بالموجب والإلزام بمقتضاه نظر إلى المختلف فيه، فإن كان من موجبه عند الحاكم المذكور الإلزام امتنع على المخالف العمل بما يخالف عقيدة الحاكم المذكور، ومثاله لو حكم شافعى بصحة الرهن وحصل فيه إعادته إلى الراهن لم يكن ذلك مانعا لمن يرى فسخ الرهن بالعود إلى الراهن على وجه مخصوص، وهو أن يعيده اختيارا أو يفوق الحق فيه بإعتاق الراهن مثلا وقيام الغرماء عليه، أو إذن المرتهن للراهن فى الوطء أن يفسخه لأن الحكم بالصحة ليس منافيا للفسخ بما ذكر، بخلاف ما لو حكم شافعى بموجب الرهن عنده والإلزام بمقتضاه فإنه يمتنع على الحاكم المالكى أن يفسخه بما سبق ذكره، لأن موجبه عند الحاكم الشافعى دوام الحق فيه للمرتهن مع العود مطلقا، فالحكم بالفسخ لأجل العود المذكور مناف لحكم الشافعى بموجبه عنده، والله تعالى أعلم.

فهذه الفروق التسعة مع الفرق الأول وهو العاشر يحصل بها التمييز بين الحكم بالصحة والحكم بالموهب.

فصل فى بيان ما يجتمع فيه
الحكم بالصحة والحكم بالموجب

وذلك فى أمور منها: أنه لا ينقض الحكم بواحد منها إذا صدرا فى محال الاجتهاد التى لا ينقض الحكم فيها، وإنما استويا فى ذلك لتضمن الحكم بالموجب

الحكم بالصحة، إما عاما عند استيفاء الشروط أو خاصا بالنسبة إلى المحكوم عليه بذلك، فكما لا يرد النقض على الحاكم بالصحة لا يرد على ما يتضمنها إذا أجزناه، فأما إذا قلنا لا يجوز الحكم بالموجب مع عدم استيفاء الشروط فيكون الحكم قد وقع مختلا والحكم المختلف فيه غير الحكم بأمر مختلف فيه، فيسوغ لمن لا يرى الحكم بذلك أن ينقضه إلا إذا حكم حاكم قبله بصحة الحكم الصادر بالموجب، وكان الحاكم ممن يرى تسويغ الحكم بالموجب على الوجه المذكور، فإنه حينئذ لا ينقض.

ومنها: أنه إذا رفع للقاضى كتاب حكم يسوغ تنفيذه عنده نفذه قربت المسافة بينه وبين الحكم فيه أو بعدت، سواء كان ذلك الحكم بالصحة أو بالموجب، بخلاف كتاب سماع البينة فإنه لا يقبله إلا إذا كانت المسافة بينه وبين سامع البينة بحيث تقبل فى مثلها الشهادة على الشهادة. ومنهم من أجاز إمضاء ذلك أيضًا بناء على أنه حكم بقيام البينة، ورجحه الإمام الغزالى من الشافعية، والأول هو المشهور وهو مذهب مالك، يعنى اشتراط المسافة المذكورة، وذلك مذكور فى «باب الشهادة على الشهادة».

ومنها: تقديم الشهود الراجعين بعد الحكم بالصحة أو بالموجب فى المواضع التى يثبت فيها تغريمهم.

ومنها: أنه لو حكم حاكم يرى جواز إخراج القيمة فى الزكاة بصحة الإخراج أو بموجب الإخراج عنده وهو سقوط الفرض بذلك كانا سواء فى ذلك، وليس للساعى أن يطلب المالك بإخراج الواجب عنده إذا كان ذلك مخالفا لمذهبه.

ومنها: إذا ترافع الولى الوارث والوصى إلى حاكم يرى صحة الصوم عن الميت فطلب الوصى أن يخرج الطعام وامتنع الوارث وصام عن الميت فحكم الحاكم بصحة الصوم أو بموجبه، فإنه ليس للوصى مطالبة الوارث.

تنبيه: إذا كان الحكم بالموجب مستوفيا لما يعتبر فى الحكم بالصحة كان أقوى لوجود الإلزام فيه وتضمنه الحكم بالصحة.

فصل قد يتضمن

الحكم بالموجب والحكم بالصحة

مثال ذلك: إذا شهدت عنده الشهود بأن هذا وقف وذكروا الصرف على وجه معين فحكم القاضى بموجب شهادتهم، كان ذلك الحكم متضمنا للحكم بالصحة والحكم بالموجب.

تنبيه: قال الشيخ سراج الدين: واعلم أن الذى تقدم فى الحكم بالموجب من أنه لا يقتضى استيفاء الشروط المعتبرة فى الحكم بالصحة، وأنه الذى جرى به عمل القضاة يخالف ما نص عليه الإمام الشافعى وما نص عليه المالكية أيضا فى القسمة، وهو أنه إذا كان بأيدى جماعة أرض أو غيرها فجاءوا إلى الحاكم وطلبوا منه القسمة ولم يثبتوا أنها ملكهم فإن الواجب على القاضى أن لا يجيبهم، ويقول لهم: إن شئتم فاقسموا بين أنفسكم أو يقسم بينكم من ترضون، وإن شئتم قسمى فأقيموا البينة على أصول حقوقكم منها، وذلك أنى إن قسمت بلا بينة وجئتم بشهود يشهدون أنى قسمت بينكم هذه الدار إلى قاض غيرى كان ذلك سببا لأن يجعل ذلك حكما منى لكم بها، ولعلها لغيركم ليس لكم منها شىء، فلا يقسم الحاكم إلا ببينة، وهذا النص للمالكية كما ذكره الشيخ سراج الدين، قال: وقيل يقسم القاضى بينهم ويشهد أنه قسم على إقرارهم.

تنبيه: وعلى هذا فلا يجوز للحاكم المالكى أن يحكم بالموجب إلا بعد أن يستوفى الشروط المطلوبة فى الحكم بالصحة، هكذا قال الشيخ سراج الدين، قال: وعلى هذا فمن أحضر كتاب وقف أو بيع وأثبت صدوره ولم يثبت عند الحاكم ما يقتضى الحكم بصحته فلا يجوز للقاضى أن يجيبه إلى الحكم بصحته ولا بموجبه، لأن الواقف قد يأتى مثلا بشهود يشهدون عند حاكم آخر أن الحاكم الأول حكم بموجب هذا الوقف فيجعله الحاكم الثانى حكما من الأول بنفاذ الوقف، ولعله لغير الواقف، فعلى هذا لا يجيبه إلى الحكم بموجبه إلا ببينة يشهدون أنه ملكه حين الوقف، قال: وهذا مذهب مالك، ويزيدون: الحيازة، على ما هو مبسوط فى محله، وما ذكره صحيح، فينبغى التنبه له، وهذا هو الاعتراض الوارد على الفرق

الأول من الفروق العشـرة، قال: وهذا عند الحاكم فيما يثبته من صدور وقف أو بيع، وأما الشهادة عند الحاكم بصيغة المصدر أو بصـيغة اسم المفعول كقول الشهود نشهد أن هذا وقف أو هذا مبيع من فلان أو هذه منكوحة فلان، فإن الحاكم يحكم بموجب شهـادتهم، ويكون ذلك متضمنا لـلحكم بصحة الوقف ونحوه، فليـعرف الفقيه الفرق بين الشهـادة بالمصدر أو باسم المفعول وليقس على ذلك؛ اهـ. وعلى هذا فينبغى أن يكتب فى الأمر بالتسجيل ليسجل بثبوته والحكم بموجب ما قامت به البينة، والله سبحانه أعلم.

تنبيه: ولم [illegible] المالكيـة على هذه التفرقة، وظاهر قـواعدهم عدم اعتـبارها، وذكر الشيخ تقى الدين عن المالكية ما ذكرته قبل، واسـتبعده، فقال: قال المالكية: ليس للقـاضى أن يحكم حتى يثبت عنده الملك والحيـازة، يريد إلى حـين صدور الوقف، قال: وهذا بعيد وفيه تعطيل للحقوق واليد يكتفى بها فى المعاملات.

فصل فى الحكم

بمضمون هذه اللفظة

ذكرها الشـيخ تقى الدين اسـتطرادا فى كلامه فـى الحكم بالموجب فقـال: وقد عرض فى هذه الأزمنـة بحث فى الحكم بالموجب وشغف به جـماعة ممن لـقيناهم وعاصرناهم وبحثنا معهم من أصحـابنا، وهو أن الموجب عندهم أمر مبهم يحتمل أن يكون الصحة ويحتمل أن يكون غيرها، وحكم القاضى ينغبى أن يعين، فإذا لم يعين فـلا يصح ولا يرفع الخلاف، ولا يمنع الحكم من قـاضٍ يرى خلاف ذلك، ونقضـوا بهذا أوقافا كـثيرا وأحكامـا كثيرة، وتعلـقوا فى ذلك بما ذكره أبو سعـيد الهروى والرافـعى عنه ومال إليـه، وهو أن ما يكتب علـى ظهور الكتب الحكمـية وهو: صح ورود هذا الكتاب على فقبلته قبـول مثله، وألزمت العمل بموجبه ليس بحكم لاحتمال أن المـراد تصحيح الكتاب وإثبات الحجة قـال: والذى وقفت عليه فى كتاب أبى سعيد وألزمت العمل بمضمونه لا بموجبه، قال: ونحن نتكلم عليهما فنقول إذا أعدنا الضمـير على الكتاب صح ما قالاه لأن مضمون الكـتاب وموجبه مـعناهما صـدور مـا تضمنـه من إقرار أو إنشـاء، وأنه ليس بزور فلذلك صـوب الرافعى أنه ليس بحكم، ونـحن نوافقه فى تلك المسـألة، إذا أريد بهذه اللفظة هذا

المعنى، أو احتمل أنها مراد الحاكم، أما إذا حكم بموجب الإقرار أو بموجب الوقف فليس موجبه إلا كونه وقفا، وكون المقر به لازما، وقول من قال موجبه يحتمل الصحة والفساد ممنوع، فإن اللفظ الصحيح يوجب حكمه واللفظ الفاسد لا يوجب شيئا، نعم قد يكون لفظ يحتمل موجبين فيجب على الحاكم أن يبين فى حكمه ما أراده، وإبهام ذلك لا يجوز عند القدرة، إلا أن يخشى من ظالم ونحوه يريده فيكتب له ليسجل بثبوته والحكم بموجبه أو مضمونه، ومراده إعادة الضمير فى موجبه ومضمونه على الكتاب كما تقدم، فيفعل ذلك مدافعة له، فإذا علم ذلك من مراده عمل بمقتضاه، وبدون ذلك لا يحمل حكم القاضى إلا على البيان الواضح، ومتى حصل التردد فى موجب اللفظ مثل الهبة هل مجرد القول فيها يكفى فى اللزوم ونقل الملك أولا يكفى؟ حتى يكون الواجب صحيحا جائزا، ومثل التبرع فى الطاعون هل يكون من الثلث أو من رأس المال أو أشبه ذلك، وقال القاضى حكمت بموجبه ولم يبين فينبغى أن لا يصح هذا الحكم، ويحتمل أن يقال يرجع إلى مذهب القاضى فيحمل حكمه عليه والمختار الأول.

واعلم أنه ينبغى للقاضى أن يصون حكمه عن ذلك ويبين مقصوده، ثم قال وليس هذا مما نحن فيه، وكلامنا إذا حكم بموجب وقف أو بيع أو إقرار ونحوهما فهو حكم على العاقد بمقتضى إقراره، وليس لحاكم آخر نقضه لاقتضاء مذهبه بطلانه، لأن فيه نقض الاجتهاد بالاجتهاد، قال الشيخ تقى الدين: ومن ألفاظ الحكم أن يحكم بالثبوت وحقيقته حكم بتعديل البينة وسماعها، وفائدتها عدم احتياج حاكم آخر إلى النظر فيها وجواز التنفيذ فى البلدان فإن فى تنفيذ الثبوت فى البلد من غير اقترانه بحكم خلافا، فإذا صرح بالحكم كما ذكرناه جاز التنفيذ فهما فائدتان، قال: وقد توسع بعض قضاة المالكية فى هذا الزمان فعمد إلى أوقاف وقفها واقفون واستمرت فى أيديهم يصرفونها على حكم الوقف ثم بأيدى نظارها بعدهم كذلك مدة مائة سنة أو أكثر فأبطلها، وردها إلى ملك ورثة الواقف، ولم يلتفت إلى اليد المستمرة على حكم الوقف، ولا إلى سكوت الوارثين ووارثيهم عن المطالبة بذلك، ومذهب مالك فى الحوز إذا طالت المدة وامتناع الدعوى معروف، وينبغى أن يستحضرها هنا، وربما كانت تلك الأوقاف قد

نبتت عند حاكم فيتعلق فى إبطالها بعدم الحوز، وبأن الثبوت ليس بحكم وربما اقترن بذلك الثبوت حكم، ولكن لم يقل: «حكمت بصحته» فتعلق بأنه لا يمتنع من الإبطال إلا حكم حاكم بصحة الوقف، قال: وأنا أذكرها هنا قاعدة فأقول: القاضى المعتبر حكمه تارة يقتصر على الثبوت وتارة يضيف إليه حكما أو يذكر الحكم مجردا، ومن لوازمه أن يكون قد تقدمه ثبوت فالحالة الأولى وهى أن يقتصر على الثبوت فتارة يضيف الثبوت إلى السبب الذى نشأ عنه الحكم، وتارة يضيف الثبوت إلى الحكم نفسه فهما قسمان:

القسم الأول: أن يضيفه إلى السبب كإثبات جريان عقد الوقف أو البيع أو الهبة أو النكاح ونحوها هذا غالب ما يقع من الثبوت، وقد يقول القاضى: ثبت عندى قيام البينة بهذه العقود أو ثبت عندى الإقرار بها أو بالدين مثلا، فالبينة والإقرار ليسا بسببين للحكم، بل لأسبابه، يعنى أنهما سببان لإثبات الحكم لا للحاكم بحقيقة ثبوت قيام البينة تزكيتها وقبولها، وقد تردد الفقهاد فى أن الثبوت حكم أو ليس بحكم، والصحيح عندنا وعند المالكية أنه ليس بحكم، وعند الحنفية أنه حكم، ولا يتجه فى معنى كونه إلا أنه حكم بتعديل البينة وقبولها وجريان ذلك الأمر المشهود به، وأما صحته أو الإلزام بشىء فلا، لأنه لم يوجد الإلزام، وذكر ذلك الشيخ سراج الدين فقال: وهذا هو التحقيق، قال الشيخ تقى الدين: وقد يقال إن الثبوت يدل على الحكم بالصحة لأنه ليس للقاضى أن يثبت باطلا لقوله عليه الصلاة والسلام: «**إنى لا أشهد على جور**» والصحيح أنه لا يدل على الحكم بالصحة، لأن الحاكم قد يثبت الشىء لينظر كونه صحيحا أو باطلا، وقد يثبت الشىء الباطل، وقال القرافى: إنه قد يثبت ما يعتقد بطلانه لينظر غيره فيه، أما إثبات ما يعتقد بطلانه لا لقصد الإبطال ولا لينظر غيره فيه، فلا ينبغى للحاكم أن يفعل ذلك.

قال الشيخ تقى الدين: والحق الصحيح أن الثبوت ليس حكما بالثابت، بل غايته أن يكون حكما بثبوته يعنى لجريان العقد وصدوره، وسيأتى تحقيق ذلك فى «الفرق بين الثبوت والحكم»، وقد يقع فى لفظ الحكام ليسجل بثبوته والحكم بما قامت به البينة فـ«ما» إن كانت مصدرية فهو كقوله بقيام البينة، وإن كانت موصولة

وهو الظاهر فهو كإثبات جريان العقود المشهـود بها، وجعل الثبوت حكما فيما إذا كان الثابت هو المعقـود أقوى منه فيما إذا كان الثابت قيـام البينة، وفى مثل قوله: ثبت ما قامت به البينة، وقد يرجح أحدهما على الآخر والكل ضعيف.

القسم الثانى: أن يضيف الثبوت إلى الحكم كقـوله: ثبت عندى أن هذه الدار وقف أو ملك فلان، أو أن هـذه المرأة زوجة فلان، فـهذا مثل الحكـم، فلا يمكن التعرض لنقـضه إلا أن يتحقق أن مستنده جـريان عقد مختلف فيـه، كقول الحنفى ثبت عندى أن هذه زوجت نفسها ونحو ذلك، فحينئذ يعود الخلاف فى أن الثبوت حكم أو لا، ويقوى جريان الخلاف فيـه. فإن قلنا إنه حكم امتنع على حاكم آخر إبطاله وإن قلنا إنه ليس بحكم لا يمتنع، ومن يقـول بنقض حكم القاضى بلا ولى لم يمتنع عنده على الوجهين جميعا، ولو لم يصـرح القاضى ببيان السبب واقتصر على قوله ثبت عندى أنـها زوجة وعلم ببيـنة أخرى أن مستنده تزويـجها نفسـها، فالظاهر أن الأمر كذلك، لكن العلم بذلك صعب، لاحـتمال أن يكون جاء وليها فجدد عقدها بحضـوره فى غيبة من شهد عليه بالثبوت المطلق، وبتـزويجها نفسها وإن كان احتمالا بعيدا.

الحالة الثانية: أن يقترن بالثبوت حكم وألفاظ الحكام متـعددة، وقد تقدم بعضها وسيأتى ذكر ما بقى -إن شاء الله تعالى- وحينئذ لا سبيل إلى نقضه باجتهاد مثله، فمتى كان فى مـحل مختلف فيه اختـلافا قريبا لا ينقض فيه قـضاء القاضى، ولم يكن بناه على سبيل باطل لم ينقض بحـال، والمقطوع به فى ذلك إذا صرح بصحة ذلك التصرف، هذا فيـما إذا حكم بالصحة، وإن حكم بالموجب فقد تقـدم ما فيه ومن ألفاظ الحكم ليسـجل بثبوته والحكم بما ثبت عنده، فإن حـملناه على الثبوت فالحكم فيه كما تقدم فى الحكم بالثـبوت، وإن حملناه على الثابت عنده فهو ماض ولا يحكم به بطريق الحقيقة، وإنما يحكم بطريق الحـقيقة بحكم شرعى من إيجاب أو منع أو طلاق، فإذا قال: حكمت بأن هذا باع أو وهب أو وقف أو نحو ذلك، فمـعناه حكمت بأنه ثبت عندى ذلك، فـيرجع إلى مـا تقدم فى الحكم بالثـبوت، ومن ألفاظ الحكم ليسجـل بثبوته والحكم به. قال: وكثيرا مـا يوجد فى إسجالات الحكام ليسـجل بثبوته، والحكم به والضمـير يرجع إلى ما تقدم على الاحـتمالات

المتقدمة، فهو غير خارج عنها، ومن فوائد ذلك غير الفائدتين المتقدمتين فى أول الكلام على الحكم بالثبوت وهو أنه هل يمتنع على حاكم آخر نقضه لمعنى يرجع إلى ذات تلك التصرفات إنشاء كان أو إقرارا، أو لا يمتنع النقض؟ فيه تفصيل، وهو أنه إن أطلق البيع أو نحوه أو ذكر صيغته وشروطه وكيف وقع كما هو العادة فى الكتب فيمنع نقضه لأنه حكم بوقوع ذلك الإنشاء أو الإقرار والألفاظ الشرعية إذا أطلقت تحمل على الصحيح. قال: وإنما قيدت بقولى: «لمعنى يرجع إلى ذات ذلك التصرف» إحترازا من أن ينقض لعدم أهلية العاقد أو لعدم شروط محله حيث لا يطلق كما سنذكره فى القسم الثانى، وهو أن يحمل على التصرف المعهود، كما هو الواقع فى الكتب الحكمية، والأمر كذلك إذا قال ثبت عندى البيع أو الوقف ونحوهما، فإنه إنما يحمل على الصحيح، فإذا قال «ليسجل بثبوته والحكم به» فالمراد ذلك التصرف المشروح فى الكتاب، فقد يكون صحيحا مجمعا عليه، وقد يكون فاسدا مجمعا عليه، وقد يكون مختلفا فيه.

والقسم الثانى: وهو كونه فاسدا مجمعا عليه ليس للقاضى إثباته، إلا إذا قصد إبطاله.

والقسم الثالث: وهو كونه مختلفا فيه، فإن لمن يرى صحته أن يثبته ويحكم بثبوته وبصحته على مذهبه، فإن حكم بالصحة فلا ينقض، وإن أثبت ثبوتا مجردا لغيره نقضه، وكذا إن حكم بالثبوت فليس لمن يرى فساده أن يثبته إلا لغرض إبطاله يريد أو لينظر غيره فيه، ما لو ماتت شهود الكتاب فأثبته المالكى بالخط لينظر فيه الشافعى. قال: وإذا رأينا حاكما أثبته أو حكم بثبوته ولم نعلم قصده فيحمل على أنه لم يتضح له حكم.

فصل فى الفرق بين الثبوت والحكم

قال القرافى فى كتاب «الفرق بين الفتاوى والأحكام» فى السؤال الثلاثين. إن قلت: ما الفرق بين الثبوت والحكم، وهل الثبوت حكم أو لا؟ وإذا قلنا بأن الثبوت حكم فهل هو عين الحكم أو يستلزمه ظاهرا؟ وعلى التقديرين فهل ذلك

عام فى جميع صور الثبوت أم لا؟ جوابه: أن الثبوت هو قيام الحجة على ثبوت السبب عند الحاكم فإذا ثبت بالبينة أن السيد أعتق شقصا له فى عبد، أو أن النكاح كان بغير ولى، أو بصداق فاسد، أو أن الشريك باع حصته من أجنبى فى مسألة الشفعة، أو أنها زوجة للميت حتى ترث ونحو ذلك من ثبوت أسباب الحكم، فإن بقيت عند الحاكم ريبة أو لم تبق ولكن بقى عليه أن يسأل الخصم هل له مطعن أو معارض ونحو ذلك؟ فلا ينبغى أن يختلف فى هذا أنه ليس ثبوتا ولا حكما، لوجود الريبة أو عدم الإعذار، وإن قامت الحجة على سبب الحكم وانتفت الريبة وحصلت الشروط فهذا هو الثبوت، والحكم من لازمه فيتعين على الحاكم الحكم إذا سئل به، فصار الحكم من لوازم الثبوت، فيجب أن يعتقد أنه حكم، فهذا معنى قول الفقهاء من أهل المذهب: المشهور أن الثبوت حكم يريد فى هذه الصورة الخاصة وليس ذلك فى جميع صور الثبوت، وسيأتى بيانه، وهذا التشهير مخالف لما نقله الشيخ تقى الدين عن مذهب مالك: أن الصحيح عندهم، وعند المالكية أنه ليس بحكم، وقاله الشيخ سراج الدين أيضا، وقال: إنه التحقيق، وقد سبق بيانه. قال ابن عبدالسلام: وليس قول القاضى ثبت عندى كذا حكما منه بمقتضى ما ثبت عنده فإن ذلك أعم منه، قال: وإنما ذكرنا هذا لأن بعض القرويين غلط فى ذلك، وألف المازرى جزءا فى الرد عليه، وجلب فيه نصوص المذهب.

قال القرافى: والقول الشاذ يرى أن حقيقة الحكم مغايرة لحقيقة الثبوت ومع تغاير الحقائق لا يمكن القول بحصول أحد المتغايرين عند حصول الآخر، إلا أن يجزم بالملازمة، واللزوم غير موثوق به لاحتمال أن يكون عند الحاكم ريبة ما علمنا بها، فيتوقف حتى يحصل اليقين بالتصريح بأنه حكم هذا فى الصور المتنازع فيها التى حكم الحاكم فيها بطريق الإنشاء.

أما الصور المجمع عليها كثبوت القيمة فى الإتلاف، والقتل للقصاص وثبوت الدين عنده فى الذمة، وعقد القراض، وثبوت السرقة للقطع، فالثبوت الكامل فى هذه الصور جميعها لا يستلزم إنشاء حكم من جهة الحاكم، بل أحكام هذه الصور متقررة فى أصل الشريعة إجماعًا، ووظيفة الحكام فى هذه الصور إنما هى التنفيذ وسيأتى بيان معناه.

وأما فيما عدا التنفيذ فالحاكم والمفتى فيه سواء، وليس هاهنا حكم استناب صاحب الشرع فيه الحاكم أصلا البتة، بل هذه أحكام تتبع أسبابها كان ثم حاكم أم لا، نعم الذى يقف على الحاكم التنفيذ مع أنه غير مختص به فى الدين وشبهه، فأودع المتلف القيمة والمدين الدين وسلم البائع المبيع استغنى عن منفذ من حاكم أو غيره، وإنما يحتاج إلى الحاكم فى الصور المجمع عليها إذا كانت تفتقر إلى نظر واجتهاد وتحرير أسباب، كفسخ الأنكحة، أو كان تفويضها للناس يؤدى إلى التهارج والقتال كالحدود والتعازير، مع أن التعازير من القسم الذى يفتقر إلى نظر واجتهاد فى تقدير التعزيز بقدر الجناية والجانى والمجنى عليه، فظهر أن الثبوت غير الحكم قطعا، وقد يستلزم الحكم وقد لا يستلزمه، وقد تكون الصورة قابلة لاستلزام الحكم وقد لا تكون قابلة كما تقدم بيانه فى صور الإجماع، وأن القول بأن الثبوت حكم فى جميع الصور خطأ قطعا، وأنه يتعين تخصيص هذه العبارة وتأويل كلام العلماء وحمله على معنى صحيح، وقال أيضًا فى القواعد فى «الفرق الخامس والعشرين والمائتين»: اختلف فى الحكم والثبوت هل هما بمعنى واحد أو الثبوت غير الحكم؟ والعجب أن الثبوت يوجد فى العبادات والمواطن التى لا حكم فيها بالضرورة إجماعا فيثبت عند الحاكم هلال رمضان وهلال شوال، وتثبت طهارة الماء ونجاسته، ويثبت عند الحاكم التحريم بين الزوجين بسبب الرضاع، ويثبت التحليل بسبب العقد، وليس فى ذلك شىء من الحكم، وإذا وجد الثبوت بدون الحكم كان أعم من الحكم، والأعم من الشىء غيره بالضرورة، ثم الذى يفهم من الثبوت هو مفهوم من الحجة كالبينة وغيرها السالمة من المطاعن فمتى وجد شىء من ذلك فإنه يقال فى عرف الاستعمال ثبت عند القاضى ذلك، وعلى هذا التقدير يوجد الحكم بدون الثبوت أيضا، كالحكم بالاجتهاد كإعطاء أمير الجيش الأمان للعدو، وكذلك فى قسم الحبس بين أهله يجتهد ويفضل أهل الحاجة، وإذا أسر الإمام العدو فالإمام مخير فى خمسة أشياء، وكذلك عقد الصلح بين المسلمين والكفار، وتقدير نفقة الزوجة والأولاد، وقد أفردت لذلك بابا سيأتى -إن شاء الله تعالى- فإذا ثبت هذا علم أن كل واحد منهما أعم من الآخر من وجه وأخص من وجه، ثم ثبوت المحجة مغاير للكلام

النفسانى الإنشـائى الذى هو الحكم كما تقدم بيـانه فى التعريف بحقـيقة الحكم، فثبت كونهما غيرين بالضرورة، وأن الثبوت هو نهوض الحجة والحكم إنشاء كلام فى النفس هو إلزام أو إطلاق.

فصل فى
معنى تنفيذ الحكم

وهو على قسمين: تنفيذ حكم نفسه، وتنفيذ حكم غيره.

فالأول: معناه الإلزام بالحبس وأخـذ المال بيد القوة ودفعه لمستـحقه، وتخليص سائر الحقوق، وإيقـاع الطلاق على من يجوز له إيقاعه عليه، ونحـو ذلك فالتنفيذ غيـر الثبـوت والحكم، فالثبـوت هو الرتبة الأولى، والحكم هو الرتـبة الوسطى، والتنفـيذ هو الرتبـة الثالثـة، وليس كل الحكام لهم قوة التنفـيذ لا سـيمـا الحاكم الضعيـف القدرة على الجبابرة فـهو ينشىء الإلزام ولا يخطر له تنفيذه لـتعذر ذلك عليه، فالحاكم من حيث هو حاكم ليس له إلا الإنشـاء، وأما قوة التنفيذ فأمر زائد على كونه حاكما، ألا ترى أن الحكم ليس له قوة التنفيذ، وقد تقدم هذا فى الرتبة السادسة من رتب الولاية.

القسم الثانى: تنفيذ حكم غيره، وذلك بأن يقول فيـما تقدم الحكم فيه من غيره ثبت عندى أنه ثبت عند فلان من الحكام كـذا، فهذا ليس بحكم من المنفـذ البتة، وكذا إذا قال ثبت عندى أن فلانا حكم بكذا وكذا فليس حكما من هذا المثبت، بل لو اعتـقد أن ذلك الحكم على خـلاف الإجماع صح منه أن يقـول ثبت عندى أنه ثبت عند فلان كذا وكـذا لأن التصرف الفاسد والحرام قـد ثبت عند الحاكم ليرتب عليه موجب ذلك، وقد تقدم هذا فى النوع السـابع من تصرفات الحكام، وبالجملة ليس فى التنفيـذ حكم البتة، ولا فى الإثبات أن فـلانا حكم مساعدة علـى صحة الحكم السابق، فلا يعـتد بكثرة الإثبات عند الحكام، فهـو كله كحكم واحد، وهو راجع إلى الحـاكم الأول، إلا أن يقـول الثانى حكـمت بما حكم به الأول وألزمت بموجبه ومقتضاه.

تنبيه: هذا حكم ما إذا كان الحاكم الأول والمنفذ الثانى مـذهبهما واحد، أما مع

اختلاف المذهب فقال المازرى: إذا ورد على حاكم حكم بأحد المذاهب المشهورة والقاضى الوارد عليه الحكم اعتقاده مذهب آخر فهل يلزمه نفى هذا الحكم وإلزام المحكوم عليه بدفع المال الذى حكم به عليه القاضى، وإلزام الزوجة المحكوم عليها بصحة النكاح وتمكين الزوج منها، مع أن مقتضى مذهبه هو خلاف ما نفذ به ذلك الحكم؟ فى ذلك قولان، أحدهما: أنه يقف عن تنفيذه وإبطاله، لأنه إن نفذه وألزم المحكوم عليه ما فيه ألزمه مالا يرى أنه الحق عنده، والثانى: أنه ينفذه ويلزم المحكوم عليه ما تضمنه الحكم لأن توقفه عن إنفاذه كإبطاله، وقد قلنا: إنه ممنوع من نقض الأحكام المجتهد فيها.

فصل
فى المنع من تنفيذ
ما حكم به حاكم أهل الذمة

وفى «الوثائق المجموعة»: إذا ثبت عند حاكم أصل مطلب بشهادة أهل الذمة وأشهد حاكمهم على ثبوت ذلك عنده مسلمين، فإنه لا يجوز لحاكم المسلمين أن ينفذ ذلك لأنه إذا أنفذ ذلك فقد أنفذ شهادة أهل الذمة الذين ثبت بهم الأصل، وإنما شهد المسلمون على حكم حاكمهم فشهادتهم فرع وشهادة أهل الذمة هى الأصل.

فائدة: فإن قيل: ما معنى ما يكتب فى التسجيلات قديما وحديثا وهو نافذ القضاء والحكم ماضيهما؟ قلنا: كل من اللفظين إذا استعمل وحده فهو بمعنى الآخر، فإذا جمع بينهما احتمل أن يكون تأكيدا، كقولهم فى الوثائق: طائعا مختارًا وقولهم: فى صحة منه وسلامة، فإن ذلك من زيادة تأكيد الموثق.

وأعلم أنه لا يشترط ثبوت ذلك فى الحكم بإقراره بل يقضى عليه، فإن ادعى الإكراه على الإقرار مثلا فالقول قول خصمه مع يمينه، إلا إذا كان هناك قرينة تدل على الإكراه، فإن النص للشافعى أنه يصدق بيمينه، وكذا مقتضى مذهب مالك -رحمه الله- ولنرجع إلى ما تقدم، ويحتمل أن يتغايرا من وجه كما تقول فى الإيمان والإسلام والفقر والمسكنة، ونحو ذلك، فإن قيل: فما وجه التغاير

عند الاجتماع، قلنا: ظاهر كلام الشافعى يقتضى أن القضاء هو الإخبار عن المستند وأن الحكم عبارة عن الإنفاذ الذى هو بمعنى الإلزام، ويجوز أن يتغايرا من وجه آخر، وهو أنه حكم بأن حكم الشرع فى الواقعة المخصوصة كذا، وقضى به وألزم؛ اهـ. من كلام الشيخ العلامة سراج الدين البلقينى -متع الله بحياته.

فصل

فيما يدل على الحكم

قال القرافى: اعلم أنه كما يدل القول على الحكم فى قول الحاكم: أشهدكم أنى حكمت بكذا، فكذلك الفعل يدل على الحكم أيضا، وذلك إذا كتب الحاكم إلى حاكم آخر أنى قد حكمت بكذا، فهذه الكتابة تدل على الحكم كما هو مشروح فى كتاب القاضى إلى القاضى، وكذلك لو سئل هل حكمت بكذا فأشار برأسه أو غير ذلك مما يدل ويفهم أنه حكم به، وكذلك لو كتب الحكم بيده، وقال: اشهدوا على بمضمونه، فجميع ذلك يدل على صدور الحكم، وسبب ذلك أن حكم الحاكم أمر نفسانى لا لسانى، لأنه تارة يخبر عنه القول وتارة بالفعل وتارة بالإشارة، فدل على أن الحكم غير قوله وكتابته وإشارته، وإنما هذه الأموال دالة على الحكم كسائر ما يقوم بالنفس من الأحكام والأخبار وغيرهما.

فصل: ومما يدل على أن الحكم الشرعى أمر قائم بالنفس لا باللسان، أنه قد يقترن إنشاء الحكم بما يدل عليه فيوافق إنشاء الحكم وقت الإشهاد عليه، وقد يفترقان سنين كثيرة بأن يحكم فى شىء ولا يشهد بالحكم على نفسه فى ذلك إلا بعد مدة طويلة، فتبين أن الحكم الشرعى فى نفسه قائم بذاته من كلامه النفسانى لا اللسانى.

فصل: قال القرافى: واعلم أن الحكم تارة يكون خبرا يحتمل الصدق والكذب، وتارة يكون إنشاء لا يحتمل الصدق والكذب، فالأول مثل أن يقول قد حكمت بكذا فى الصورة الفلانية، فإن هذا اللفظ يحتمل الصدق والكذب بحسب ما يطلع عليه من حاله، والثانى مثل أن يقول: اشهدوا على بكذا أو أنى ألزمت فلانا بكذا

فهذا إنشاء لا يحتمل الصدق ولا الكذب. لأنه إنشاء الطلب من الشهود أن يشهدوا عليه بكذا، وإنما يوصف هذا بالصحة أو الفساد، والله سبحانه وتعالى أعلم.

تنبيهات: فى التسجيلات بإحياء الكتب القديمة وما يمتنع من الإشهاد به، وفى «المقنع» لابن بطال قال ابن حبيب عن ابن الماجشون: فيمن بيده حكم من قاض أو شراء عبد أو منزل، فيقول بذلك إلى سلطان موضعه ليسمع من بينته على ذلك ليحييه له بالحكم فلا ينبغى ذلك للإمام، حتى يعارضه فيه أحد بخصومة، أو دعوى، وليحييه صاحبه بأن يشهد على شهادة شهود الكتاب إنشاء، إلا أن يكون طرأت له بينة على ذلك الحق من بلد آخر، وقل من يعرفهم هاهنا، ومن يعدلهم، فيسأل القاضى أن يسمع من أولئك قبل تفرقهم عنه ويحيى له بهم حقه قبل فوته بشهادة من شهد له عليه وموته، وأنه يجد الآن من يعدل به شهادة الطارئين ممن يعرفهم السلطان، ولا يمكنه أن يحييه بالإشهاد على شهادتهم إذ لا يعرفونهم فمثل هذا ينبغى للإمام أن ينظر له فيه ويحيى له حقه، ويشهد له على ذلك ويذكر فى الإشهاد على القاضى أنه لم يكن يخاصمه فيه أحد، ولا قطع السلطان به حجة أحد يقوم عليه، ونحو هذا مما يتبين به سبب الإحياء، أن يكون حقا أو حكما قد درست وثيقته وأشفت على الذهاب، ولا يمكنه أن يحييها إلا بنظر السلطان، فإنه ينبغى أن ينظر له فيها بما يحييها، ويبين أنه لم يقطع به حجة أحد.

نوع منه: وفى «ثمانية أبى زيد»، قال أبو زيد، قال أصبغ: وقد سئل فى الرجل يأتى إلى قاض بكتاب فيه قضاء غيره فيسأله أن يثبته عنده بشاهدين عدلين، بأن القاضى الأول حكم له بما فيه، ويشهد له بثبوته عنده لما يتخوف من موت شاهديه أو حوادث يخشاها عليه، هل يسمع من بينته؟ قال: نعم وأراه حسنا، ويشهد فى كتابه على ما ثبت عنده من ذلك، قيل له: فيشهد له أنه أنفذه إنفاذا كالقاضى الأول؟ قال: لا يشهد أنه أنفذه إنما يشهد أنه ثبت عنده أن القاضى فلانا حكم بما فيه وذلك بعد ما يتدبره، ويرى أن القاضى الأول قد أصاب وجه القضاء فيما تبين له، فإن رأى أنه أخطأ فيه لم يسمع من بينته عنده. إلا أن يبتدئ عنده خصومة مبتدأة، قيل له: فإن كان قد وجد فى قضاء الأول خلافا لرأيه وهو مما اختلف فيه

أهل العلم مما لا يجوز له فسخ القضاء به، قال: لا ينظر فى شىء منه، وهذا أحد القولين اللذين تقدم نقلهما عن المازرى فى معنى تنفيذ الحكم، قيل لأصبغ: وكيف ينظر له فى كتابه ويحييه له وهو لم ينازعه أحد فيه؟ قال: ذلك جائز لأنه لا يقطع حجة المقضى عليه، فمتى قام فهو على حجته، ألا ترى لو أن عبدًا أتى إلى السلطان فزعم أن سيده أعتقه وقامت له بينة، وسيده مقر له بالعتق، غير أن العبد سأل القاضى أن يسمع من بينته ويحيى له عتقه ويكثر له من الشهود عليه، ليكون إحياءً للعتق وتوثيقا للحرية، أما كان للقاضى أن يفعل ذلك، فهو مثله، وهذا خلاف ما تقدم عن «المقنع» من أنه لا يحييه إلا لضرورة كما تقدم بيانه.

فصل: ومن ذلك إذا ادعى كل واحد من الخصمين أرضا بالصحراء وتنازعا فيها، ثم أتيا الحاكم فتداعيا فيها، ثم أقر أحدهما لصاحبه من غير بينة فلا يشهد الحاكم أنه حكم بهذه الأرض لفلان، ولكن يشهد له بأن فلانا أقر لفلان بكذا، ولا يحكم له بها، ولا يشهد على نفسه بها بقضاء، حتى تقوم عنده البينة أنها له قاله ابن القاسم.

فصل: ومن ذلك إذا ابتاع رجل دارا من رجل وأنكر البائع ذلك وثبت عند القاضى البينة بالاشتراء، فلا يكتب لهم القاضى كتاب حكم حتى يقيم المشترى عنده ببنته أن البائع باع منه شيئًا يعرفونه فى ملكه؛ من «مختصر الواضحة» فى «باب القسمة».

نوع منه: قال أصبغ: لا ينبغى للقاضى إذا عزل الوصى لأمر كرهه أو لعذر أن يكتب له براءة مما جرى على يديه قبل ذلك، مما زعم أنه أنفقه على اليتيم، وإن أتاه على ذلك ببينة حتى يبلغ اليتيم مبلغ الدفع عن نفسه، ولكن إن أخذ منه مالا عند العزل كتب له منه براءة.

نوع منه: إذا دخل تحت القاضى مال لغائب فقام رجل وادعى أنه وكيله وأحضر عقدًا بوكالته، وذكر الشهود فى العقد أن تاريخ الشهادة بالوكالة قبل كتابة هذا العقد بعام أو نحوه، وفى العقد أنه وكيله على طلب حقوقه كلها وقبضتها والإقرار والإنكار وقبض مستغلاته توكيلاً تامًا مفوضًا أقامه فيه مقام نفسه، فهذا مما لا ينبغى للقاضى أن يثبته له، فإن الموكل الغائب لم يشهد على نفسه فى هذا العقد الذى

أظهر الوكيل ولا رأى الكتـاب، وإنما لفق الوكيل ما فى الكتاب من حـفظ الشهود على وجه الاسترعاء، وهذا الموضوع وشبهه لا ينبغى للقاضى أن يسمع الشهادة فيه على الوكالة أو غـيرها، إلا بأن ينص الشاهد معـانيها من حفظه كمـا يزعم القائم بالوكالة أن من حفظهـم كتب ذلك، وأما أن يقول الشاهد للقـاضى: هذه شهادتى أشهـد بها عندك ليعلم له عليـها يعنى علامـة الأداء والقبول وتثـبت الوكالة بتلك الشهادة فلا يجوز ذلك ولا يسع القاضى من الله تعالى التساهل فى مثل هذا، فالله الله فى الاهتبـال بأمور الناس والنظر لنفـسك؛ قاله ابن مالك القـرطبى. وقال ابن عتاب: لا يدفع الـقاضى ذلك المال للوكيل إلا بتوكـيل الغائب على قبضـه توكيلاً ينص فيـه على قبضه، وأمـا بالتوكيل المكتـتب فلا، قال ابن سـهل: وإنما قال ابن عتاب ذلـك لأنه بلغه أن الوكيل غيـر مأمون عليه، فـرأى من النظر إبقاءه تحت يد أمين القاضى مع ما فى الوكالة من الضعف، لأن الموكل لم يطع على عقد الوكالة.

نوع منه: ومن «أحكام ابن سهل» أيضًا قال: وفى «نوازل ابن سحنون»: من أتى بيـتيمـة بلغت إلى القـاضى أو يتيم بالغ، وقـال: إن أباه أو أبا هذا أوصى به إلى وبماله وقد بلغ مبلغ الرضا وأنا أبرأ إليـه بماله فاكتب لى براءة منه، قال: يكتب له فى البراءة، أن فلانًا أتى بفلان صـفته كذا وزعم أنه يسمى فلانًا أو بامرأة صـفتها كذا وزعم أنها تسمى فلانة وأن أباها أوصى إليه بـها وبمالها، وأنها قد بلغت مبلغ الأخذ لنـفسهـا والإعطاء منها وسـألنا أن نأمره بدفع مـالها وأن نكتب لـه البراءة فأمرناه بذلك، فـدفع لها عندنا كذا وكذا، وقد أشهـدنا على براءته منه للمسلمين فى هذا الكتاب ويـكتب له هذه البراءة وإن لم يعرف أنه وصـيه، إلا بقـوله. قيل له: ولا يجوز أن يكتـب له هكذا، قال: نعم، ولا يجوز أن يكـتب له البراءة إلا هكذا، ذكرها ابن سهل فى «مسائل المحجور».

فصل: وفى «الطرر»: ذكر ابن مـغيث -رحمـه الله تعالى- أن من القـضاة من يأمر كاتبـه عند كتابة التسجـيل أن يبقى بياضًا فى آخر التـسجيل ليتمـمه القاضى بخطه وبذلك جرت عادة القضاة فى الأعمال المصـرية والشامية والحجازية، وصفة ما يكتب: حسبنا الله ونعم الوكيل، قال: وبما ذكـره ابن مغيث جرى عمل القضاة بقرطبة، وفعله منذر بن سعيد وابن السليم وابن زرب.

فصل فى الحكم المعلق على شرط صدق المدعى وإرجاء الحجة للخصم

مسألة: وفى «الحاوى فى الفتاوى» لابن عبد النور التونسى قال: سئل المازرى عن امرأة مجهولة طارئة على بلد فأتت إلى قاضيه فذكرت أن زوجها غاب عنها فى بلدها غيبة منقطعة ولا يعلم صدقها من كذبها، وشكت الضيعة، فما ترى فى أمرها هل تطلق وتزوج أم لا؟ فأجاب: أنه يتثبت فى أمرها حتى ييأس من العثور على صدقها أو كذبها، أو تثبت كونها طارئة من بلد بعيد يتعذر معه الكشف عن حال الزوج، فتستحلف حينئذ اليمين الواجبة فى مثل هذا وأنها صادقة فيما ذكرت، ويوقع الطلاق عليها، ويكتب لها الحاكم أنه أوقع عليها الطلاق بشرط أن يكون الأمر كما ذكرت.

مسألة: وفى «البيان والتحصيل» فى «كتاب السلطان»: فى رجل أتى إلى زمزم فقال لرجل: ناولنى قدحك، فقال: إنى أخاف عليه، فقال: هذا كسائى عندك حتى أعود به، فأخذ القدح ووضع الكساء ثم رجع فلم يجد الرجل فحكمه أن يأتى السلطان فيخبره فيأمره السلطان إن كان صادقًا أن يبيع القدح ويقبض ثمنه من ثمن الكساء، قيل لأشهب : ويأمره السلطان بذلك؟ قال: نعم، يأمر من غير حكم الغائب ، ويقول له: إن كنت صادقًا فافعل ، فإن جاء الرجل كان على خصومته، وفائدة رفعه إلى السلطان أن صاحب القدح إذا جاء لم يكن له على الذى باعه إلا الثمن الذى باع به، وإن باعه بغير أمر السلطان كان عليه قيمة القدح بالغة ما بلغت.

مسألة: وفى «مختصر الواضحة» لفضل بن سلمة أن المرأة إذا رفعت أمرها إلى القاضى وطلبت أن يفرض لها النفقة على زوجها الغائب، وحاله فى العسر واليسر مجهول، وأحبت أن ينظر لها فى فرض النفقة عليه ولزومها له إن ظهر مليًا فيشهد لها السلطان، لئن كان فلان زوج فلانة مليًا اليوم موسرًا فى غيبته هذه فقد أوجبنا عليه لامرأته فريضة مثلها من مثله، وإن كان معسرًا فلا شىء عليه، ويكتب التاريخ ثم تكون الفريضة لازمة له إلا أن يثبت عدمه فى غيبته كلها حتى قدم فلا يلزمه شىء.

القسم الثانى

فى بيان المدعى من المدعى عليه

اعلم أن علم القضاء يدور على معرفة المدعى من المدعى عليه لأنه أصل مشكل، ولم يختلفوا فى حكم ما لكل واحد منهما، وأن على المدعى البينة إذا أنكر المطلوب، وأن على المدعى عليه اليمين إذا لم تقم البينة، وقد اختلفت عبارات الفقهاء فى تحديد المدعى والمدعى عليه، قال القرافى: المدعى؛ من كان قوله على خلاف أصل أو عرف، والمدعى عليه؛ من كان قوله على وفق أصل أو عرف، وقال ابن شاس: المدعى؛ من تجردت دعواه عن أمر يصدقه أو كان أضعف المتداعيين أمرًا فى الدلالة على الصدق، أو اقترن بها ما يوهنها عادة، وذلك كالخارج عن معهود والمخالف لأصل، وشبه ذلك ومن ترجح جانبه بشىء من ذلك؛ فهو المدعى عليه، فإذا ادعى أحدهما ما يوافق العرف وادعى الآخر ما يخالفه فالأول المدعى عليه، والثانى هو المدعى، وكذلك كل من ادعى وفاء ما عليه أو رد ما عليه، من غير أمر يصدق دعواه فإنه مدع، واختصر ذلك ابن الحاجب فقال المدعى من تجرد قوله عن مصدق والمدعى عليه من ترجح بمعهود أو أصل، قال ابن عبد السلام: والمعهود هو شهادة العرف، والأصل استصحاب الحال، وقال أبو عمر بن عبد البر: إذا أشكل عليك المدعى من المدعى عليه فواجب الاعتبار فيه أن ينظر هل هو آخذ أو دافع وهل يطلب استحقاق شىء من غيره أو ينفيه؟ فالطالب أبدًا مدع والدافع المنكر مدعى عليه، فقف على هذا الأصل، وقال غيره: كل من يريد الأخذ أو يطلب البراءة من شىء وجب عليه فهو مدع.

وكلامهم وتحويمهم على شىء واحد وهو أن المتمسك بالأصل هو المدعى عليه ومن أراد النقل عنه فهو المدعى غير أنه يتعارض النظر فى كثير من المسائل من هو المتمسك بالأصل من الخصمين، كما لو ادعى الزوج أن سيد الأمة غرة وزوجه بها وأنكر السيد، فقال أشهب: القول قول الزوج، وقال سحنون: القول قول السيد،

فتعارض فـى هذه المسألة الأصل والغالب فالأصل عدم الغرور فـيكون القول قول السيد، والغالب عدم الدخول على زواج الإماء وعدم الرضا بهن، وزواج الأحرار للإماء نادر فيقدم الغالب على النادر، ومثل هذا كثير فى مسائل الدعاوى.

وأيضًا فهناك أمـور اختلف الفقهاء فـى ترجيح قول أحد الخصـمين على الآخر بسببـها كدعوى المرأة على زوجـها الحاضر معـها أنه لم ينفق عليها، فـالقول قول الزوج عندنا، لأن العرف والغالب يشهد بصـدقه، وعند الشافعى القول قول المرأة تمسكًا بالأصل لأن الأصل عدم الإنفاق، وأمـور اتفقوا على الترجيح بها كـالقضاء بالنكول واعتباره فى الأحكام فهو رجوع إلى القرينة الظاهرة وقدم على أصل براءة الدمة، ولكن قد يختلف النظر فى تحقيق حصول ذلك المرجح فى صورة النزاع.

تنبيه: وأجمعوا على اعتبار الأصل وإلغاء الغالب فى دعوى الدين ونحوه، فإن القول قـول المدعى عليه، وإن كان الطالب أتقى الـناس، والغالب أنه لا يدعى إلا حقًا وأجمعوا على اعتبـار الغالب وإلغاء الأصل فى البينة إذا شهدت، فإن الغالب صـدقهـا والأصل براءة المشهـود عليـه، وقال المازرى فى «شـرح التلقين»: قـال بعضهم؛ المدعى من إذا سكت ترك وسكوته، والمدعى عليه من إذا سكت لم يترك وسكوته، وقال آخرون: المدعى من ادعى أمرًا خفيًا والمدعى عليه من تمسك بظاهر الأمر، وما ذكرناه من اختلاف الحدين المذكورين لا ينبغى أن يعتمد عليه الفقيه فى كل مـسـألة تعـرض، بل ههنا مـا هو آكـد واعتـبـاره أنفع مما قـدمنا ذكـره وهو استصحاب الحال، فإنها هى الأصل المعـتمد عليه فى مقتضى النظر، ولا تردد فى ذلك ولا إشكال إذا لم يعارض الحال الحال، ولكن قد يعتـرض حالان استصحاب أحد ما يضاد استصحاب الحـال الآخر، فها هنا يقع الإشكال، فيختلف أهل النظر من الأئمة فى تميـيز المدعى عليه، ويفتقـر كل واحد منهما إلى ترجـيح الحالة التى استصـحبها، ألا ترى أن المذهب عندنا على قولين فى مكرى دار زعم بعـد إنفاقه هو المكترى عـلى أولها وآخرها أنهـا انهدمت شـهرين على قـول صاحب الدار، وعلى قول المكترى تكون مدة الهدم ثلاثة أشهر، فإن قيل: القول قول المكترى لأن الأصل براءة الذمة من المطالبـة والغرامة فيـستصحب ذلك، وإذا استصـحبناه كان المكتـرى هو المدعى عليه، والقـول الآخر أن القـول قول المكرى لأن عقـد الكراء

أوجب دينا فى ذمة المكترى، والمكترى يدعى إسقاط بعضه فلا يصدق استصحابا لحال كون الكراء دينا فى ذمته واستصحابا لكون الدار صحيحة، وكذلك اختلف عندنا على قولين فيمن قبض من رجل دنانير فلما طلبه بها دافعها زعم أنه إنما قبضها عن سلف كان أسلفه لدافعها، وقال دافعها: بل أنا أسلفتك إياها وما كنت أنت أسلفتنى شيئا قط، فإن اعتبرنا الفرق بين المدعى والمدعى عليه بأن المدعى من لو سكت ترك وسكوته وجدنا ههنا الدافع هو المدعى، لأنه لو سكت لترك وسكوته، والقابض لو سكت عن جواب الطالب ما ترك وسكوته، وإن بنينا على الأصل الآخر وهو دعوى الأمر الجلى أو الخفى، فإنا إذا استصحبنا كون الدافع برئ الذمة من سلف هذا القابض صدقنا الدافع وجعلناه هو المدعى عليه السلف الذى الأصل عدمه، وإن اعتبرنا حال القابض وأن الأصل أيضا فيه براءة ذمته فلا يؤخذ بأكثر مما أقر به، جعلنا القابض هو المدعى عليه، فما يعرض الإشكال إلا عند تصادم مقتضى الأحوال، فيفتقر إلى ترجيح استصحاب أحد الحالين على الآخر.

وقد ذكر عن شريح القاضى أنه قال: وليت القضاء وعندى أنى لا أعجز عن معرفة ما يتخاصم إلى فيه، فأول ما ارتفع إلى خصمان أشكل على من أمرهما من المدعى ومن المدعى عليه، قال المازرى: ولعله أشار إلى هذا الذى نبهنا عليه، وللقاضى أبى الوليد بن رشد فى «المقدمة» فى «باب كراء الرواحل والدواب» فصل فى تمييز المدعى من المدعى عليه، وضمنه فوائد تركنا ذكرها خشية الإطالة، فبهذه الوجوه وما أشبهها صعب علم القضاء ودق وتبين ذلك بأمثلة ذكرها القرافى وغيره.

مسألة: إذا بلغ اليتيم ورشد وطلب من الوصى ماله الذى له تحت يده، فاليتيم فيما يظهر أنه صار بسبب طلبه مدع وهو مدعى عليه والوصى المطلوب هو المدعى لرد المال فعليه البينة، لأن الله تعالى أمر الأوصياء بالإشهاد على الأيتام إذا بلغوا ودفعوا إليهم أموالهم، فلم يأتمنهم على الدفع بل على التصرف والإنفاق خاصة، فالوصى مطلوب وهو مدع واليتيم طالب وهو مدعى عليه، وكذلك فى دعوى الإنفاق على اليتيم لا يقبل من قوله إلا ما أشبه الصدق.

مسألة: وكذلك طالب الوديعة الذى سلمها بالإشهاد لأنه لم يأتمن المودع عنده لما أشهد عليه، فالقول قول صاحب الوديعة مع يمينه، وإن كان طالبا لأن ظاهر حال المودع عنده أنه لا يدفع ما أسلم إليه ببينة إلا بالإشهاد ليبرأ منها والأصل أيضًا عدم الدفع، فاجتمع الأصل والغالب على تصديق صاحب الوديعة دون القابض لها.

مسألة: وكذلك القراض إذا قبض ببينة، فإن قبضت الوديعة أو القراض بغير بينة فالقول قول المودع عنده وقول العامل لأن يدهما يد أمانة والأمين مصدق.

فرع: وكذلك مدعى حرية الأصل صغيرا كان أو كبيرا يقبل قوله لأن الأصل فى الناس الحرية، وإنما عرض لهم الملك بسبب السبى بشرط الكفر، والأصل عدم السبى ما لم يثبت عليه حوز الملك، فتكون دعوى الحرية حينئذ ناقلة عن الأصل فلا تسمع إلا ببينة، لكونه مدعيا ولأن العرف يكذبه.

فرع: وأما مدعى العتق فإنه يدعى انتقال الثابت إلى الحرية وذلك خلاف الأصل لأن الملك لما ثبت صار أصلا، فمن طلب الانتقال عنه فهو مدع وعليه البينة، وأما إذا تجرد الأصل عن الظاهر وعن العرف كمن ادعى على شخص دينا أو غصبا أو جناية فإن الأصل عدم هذه الأمور، فالقول قول المدعى عليه مع يمينه، لأن الأصل يخالف الطالب ويعضد المطلوب، إلا أن يكون المدعى عليه بالغصب والجناية ممن اشتهر بذلك ونسب إليه، فإنه يكشف عنه كما سيأتى بيانه فى «باب القضاء بالسياسة» وبهذا يظهر معنى قول ابن شاس المدعى هو أضعف المتداعيين سببا.

فصل: ومن الأمثلة التى يكون الطالب فيها مدعى عليه إذا تداعى قزاز ودباغ جلدا فإن الدباغ مدعى عليه، ومنها: اختلاف الزوجين فى متاع البيت فالقول قول الرجل فيما يشبه أنه للرجال والقول قول المرأة فيما يشبه أنه للنساء. ومنها: لو تداعى قاض وجندى رمحا كان الجندى مدعى عليه، ومنها: إذا تنازعا عطار وصباغ مسك أو صبغ قدم العطار فى المسك والصباغ فى الصبغ، فينبغى أن يعتمد الترجيح بالعوائد وظاهر الأحوال والقرائن.

تنبيه: قال القرافى: خولفت قاعدة الدعوى فى خمسة مواطن فقبل فيها قول الطالب، أحدها: اللعان يقبل فيه قول الزوج، لأن العادة أن الرجل ينفى عن زوجته الفواحش فحيث أقدم على رميها بالفاحشة مع الأيمان قدمه الشرع، وثانيها: القسامة يقبل فيها قول الطالب لترجحه باللوث، وثالثها: قبول قول الأمناء فى التلف لئلا يزهد الناس فى قبول الأمانات فتفوت مصالحها وحفظها، والأمين قد يكون أمينا من جهة مستحق الأمانة أو من قبل الشرع كالوصى، والملتقط أو من ألقت الريح الثوب فى بيته. ورابعها: يقبل قول الحاكم فى التجريح والتعديل لئلا تفوت المصالح المترتبة على ولاية الأحكام، ويقبل قوله فى مواضع عديدة سيأتى ذكرها فى «باب القضاء بعلم القاضى»، وخامسها: قبول الغاصب فى التلف مع يمينه لضرورة الحاجة لئلا يخلد فى الحبس.

***

القسم الثالث

فى ذكرى الدعاوى وأقسامها

وفيه فصول

الفصل الأول: فى بيان الدعوى الصحيحة وشروطها وكيفية تصحيح الدعوى.

الفصل الثانى: فى تقسيم الدعاوى.

الفصل الثالث: فى تقسيم المدعى عليهم.

الفصل الرابع: فى تقسيم المدعى لهم، وما يسمع من بيناتهم وما لا يسمع منها.

الفصل الخامس: فى بيان ما يتوقف سماع الدعوى به على إثبات أمور.

الفصل السادس: فى حكم الوكالة فى الدعوى، وما يتعلق بها.

***

الفصل الأول

فى الدعوى الصحيحة

ولها خمسة شروط:

الأول: أن تكون معلومة، فلو قال: لى عليه شىء لم تسمع دعواه لأنها مجهولة؛ قاله ابن شاس، ولعله يريد إذا كان يعلم قدر حقه وامتنع من بيانه، وقد قال المازرى فى هذه الدعوى: وعندى أن هذا الطالب لو أيقن بعمارة ذمة المطلوب بشىء وجهل مبلغه وأراد من خصمه أن يجاوبه عن ذلك بإقرار بما ادعى عليه به على وجه التفصيل، وذكر المبلغ والجنس لزم المدعى عليه الجواب، أما لو قال: لى عليه شىء من فضلة حساب لا أعلم قدره وقامت له بينة أنهما تحاسبا وبقيت له عنده بقية لا علم لهم بقدرها فدعواه فى هذه الصورة مسموعة، وكذلك لو ادعى حقا فى هذه الدار والأرض وقامت له بينة أن له فيها حقا لا يعلمون قدره فهى دعوى مسموعة، وسيأتى كثير من هذا المعنى فى «باب القضاء بالشهادات الناقصة».

مسألة: قال المازرى: ومما ألحق بمسائل كون الدعوى معلومة أن من ادعى على سمسار أنه دفع إليه ثوبا ليبيعه له بدينارين قيمته دينار ونصف فأنكر السمسار أن يكون دفع إليه شيئًا فإن المدعى من حقه أن تسمع دعواه ههنا مع كونه لا يدرى ما يجب له على السمسار، هل الثمن الذى سماه له وأمره أن يبيع به فباع به، أو قيمة الثوب إن كان استهلكه، أو عين الثوب إن كان لم يبعه ولا استهلكه؟ وهذا لا ينقض الأصل، لأن الدعوى ههنا مسموعة وتعلقت بأمر معلوم فى أصله، وما يتفرع عنه مما يجب فيه لا تضر الجهالة به فى أصل الدعوى لأنه مطالب بعين الثوب أو بقيمته إن استهلكه، أو برده إن منعه.

مسألة: ومما يجرى فى هذا الأسلوب مما اختلف فيه فقهاء الأمصار فى المدعى أمرًا معلومًا هل يلزمه بيان شروط صحته أم لا؟ قال المازرى -رحمه الله: وعندنا أن ذلك لا يلزمه، بل إن ادعى رجل على رجل أنه أنكحه ابنته أو باع منه داره فإنه لا يشترط فى سماع هذه الدعوى ذكر شروط النكاح وصحة البيع، ولا يلزم القاضى استفسار المدعى لذلك خلافًا للشافعى -رحمه الله- فى النكاح خاصة، فقد نص على أنه لا تسمع الدعوى حتى يذكر المدعى شروط الصحة فيقول: عقدت النكاح بولى وصداق وشاهدين، بناء على أصله فى أن تركَ الشهادة فى النكاح يفسده. قال: وهذا معترض بأنه يلزمه عليه استقصاء شروط الصحة كلها فى النكاح ككونه لم يقع فى عدة ولا فى إحرام إلى غير ذلك، ولم يقل به، ووافقنا فى دعوى الأعيان أو الديون فى الذمم أنه لا يلزم الاستفسار فيها، قال: وقد اتفق على أنه لا يلزم الاستفسار عن عرو العقد مما يفسده، فلا يجب أن يذكر فى دعوى النكاح أنه لم يقع فى عدة ولا فى إحرام ولا غير ذلك مما يفسد العقد لو ثبت فلا يلزم عندنا ذكر شروط الصحة ولا ذكر اجتناب شروط الفساد، لأن العقود أصلها الصحة حتى يثبت الفساد.

الشرط الثانى: من شروط الدعوى أن تكون مما لو أقر بها المدعى عليه لزمته، فإنه لو ادعى رجل على رجل هبة وقلنا: إن الهبة تلزم بالقول، فيلزم المدعى عليه الجواب بإقرار أو إنكار وإن قلنا بالقول المخالف، والقول الشاذ عندنا أن الهبة لا تلزم بالقول وللواهب الرجوع عنها ما لم تقبض، فإن بعض الناس ذهب إلى أن

الجواب فيه لا يلزم، لأن المسئول عن هذا لو قال ذلك، وقال: رجعت عنه فإنه لا يلزمه مطالبته بشىء، ولا فائدة فى إلزامه ما لو أقر به لم يلزمه إذا رجع عنه، وعلى هذا يجرى الأمر فى دعوى إنسان على آخر أنه وعده بشىء يعطيه إياه على القول عندنا أن الواعد لا يجبر على الوفاء بوعده، وكذلك الوصايا التى له أن يرجع عنها، وكذلك التدبير على مذهب الشافعى الذى يرى أن له الرجوع عنه، فإن هذا الأصل ذهب بعض الأئمة إلى أنه لا يلزم الجواب عنه حتى يضيف إليه ما يلزم المطلوب بما ادعى عليه، فيقول فى الهبة: يلزمك تسليمها إلى، وكذلك فى البيع على القول بخيار المجلس ويضيف إليه أنه لم يقع الفسخ بعد العقد، قال المازرى: وهذا عندى إنما يتجه على البناء أن الإنكار لأصل الشىء لا يحل محل الرجوع عنه، وعلى أن ما فيه الخيار بين إمضائه أو ردّه محلول حتى ينعقد برفع السبب الموجب للخيار، فإذا بنى الأمر على هذا اتجه ما حكيناه عن بعض الأئمة.

الشرط الثالث: من شروط سماع الدعوى أن تكون مما يتعلق بها حكم أو غرض صحيح، فمثال ما يتعلق بها حكم أن يدعى رجل على رجل بدين ويقيم البينة على ذلك وعدلت البينة، فقال المطلوب للقاضى: استحلف لى الطالب أنه لا يعلم كون شهوده مجروحين، فإن هذا مما اختلف فيه العلماء، هل تجب فيه اليمين أو لا تجب؟ فمن لم يوجبها اعتل بأن حقيقة الدعوى أن تكون متعلقة باستحقاق أمر يستخرج من المدعى عليه، وههنا لا يطلب من القاضى استخراج شىء من الذى شهدت له البينة بحقه، وكذلك اختلفوا فى المدعى إذا طلب يمين المدعى عليه فقال له المطلوب: كنت استحلفتنى، فاحلف لى أنك لم تستحلفنى فمن ذهب إلى استحلافه رأى أن المعتبر فى هذا الأصل أن تكون الدعوى لو أقر بها المدعى عليه لا تنفع المدعى باقراره، فيجب على هذا أن يحلف من أقام بينة وعدلت على أنه لم يعلم بفسقهم ولا اطلع عليه إذا قال له المشهود عليه أنا أعلم بعلمك بفسق شهودك، وكذلك إذا قال له احلف لى أنك لم تستحلفنى على هذا الحق فيما مضى، لم يكن للمدعى أن يحلفه يمينا ثانية حتى يحلف، وبهذا مضى القضاء فى هذه المسألة، والفتيا عندنا أن يلزم المدعى اليمين للمدعى عليه أنه ما استحلفه قبل ذلك أو يرد عليه اليمين أنه قد استحلفه على هذه الدعوى ثم لا يحلفه مرة

أخرى، وقاعدة المذهب أن كل دعوى لو أقر بها المدعى عليه لا تنفع المدعى بإقراره، فإنه إذا لم يقر وأنكر تعلقت عليه اليمين على الجملة ما لم يخرم بذلك أصلا من قواعد الشرع، مثل أن يطلب المحكوم عليه القاضى باليمين أنه ما جار عليه، أو يطلب المشهود عليه يمين الشهود أنهم لم يكذبوا فى شهادتهم، فإن هذا لا يختلف فى سقوط الدعوى وكونها لا يلتفت إليها لأنها تفسد قواعد الشرع فى الأحكام، ولا شاء أحد أن يحط منزلة القاضى أو الشهود إلا وادعى مثل ذلك حتى يؤدى ذلك إلى الوقوف عن القضاء والشهادة، وأما تحليف القاضى للشهود فليس من هذا الباب، وسيأتى ذكره فى قسم السياسية.

مسألة: وتستثنى من هذه القاعدة أيضًا دعوى المرأة على زوجها أنه طلقها، ودعوى العبد على سيده أنه أعتقه، فإن عندنا لا تتعلق اليمين بهذه الدعوى المجردة لأجل أن ذلك لو فتح فيه الباب لم تشأ امرأة أن تستحلف زوجها كل يوم مرارًا إلا وفعلت، وكذا العبد مع سيده إذا ادعى عليه العتق فسقطت هذه الدعوى مع كونها مفيدة لو أقر بها المدعى عليه، لأجل ما يتخوف من تكريرها مضارة حصول الأذى للأزواج والسادات فأما قولنا أو غرض صحيح فاحتراز من الدعوى بعشر سمسمة، فإنه لا ينبغى للحاكم سماع مثل هذه الدعوى، ونص القرافى أن هذه الدعوى وشبهها لا تسمع لأنه لا يترتب عليها نفع شرعى.

الشرط الرابع: أن تكون الدعوى محققة فلو قال أظن أن لى عليه ألفا، أو قال المدعى عليه فى الجواب أظن أنى قضيته لا تسمع الدعوى لتعذر الحكم بالمجهول، ولا ينبغى للحاكم أن يدخل فى الخطر بمجرد الوهم من المدعى.

تنبيه: وينزل منزلة التحقيق الظن الغالب، لأن الإنسان لو وجد وثيقة فى تركة مورثه، أو وجد ذلك بخطه أو بخط من يثق به أو أخبره عدل بحق له فالمنقول جواز الدعوى بمثل هذا والحلف بمجرده. وهذه الأسباب لا تفيد إلا الظن دون التحقيق، لكن غالب الأحكام والشهادات إنما تنبنى على الظن وتتنزل منزلة التحقيق.

الشرط الخامس: أن تكون الدعوى مما لا تشهد العادة والعرف بكذبها والدعاوى باعتبار هذا المعنى ثلاثة أنواع: نوع تكذبه العادة، ونوع: تصدقه العادة، ونوع: متوسط لا تقضى العادة بصدقه ولا بكذبه.

النوع الأول: ما تشهد العادة بكذبه كدعوى الحاضر الأجنبى ملك دار بيد رجل وهو يراه يهدم ويبنى ويؤاجر مع طول الزمان من غير مانع يمنعه من الطلب من توقيعه رهبة أو رغبة، وهو مع ذلك لا يعارضه فيها، ولا يدعى أن له فيها حقا، وليس بينهما شركة، ثم قام يدعى أنها له، ويريد أن يقيم البينة على دعواه فهذا لا تسمع دعواه أصلا، فضلا عن بينته، لتكذيب العرف إياه، ومن ذلك لو قال رجل لعبد هذا ابنى فإنه يلتحق به ما لم يكذبه الحس بأن يكون أكبر منه سنا، أو العرف بأن يستيقن الناس أنه ليس بولده، مثل أن يكون الغلام سنديا والرجل فارسيا لم يدخل بلاد السند، قال مالك: فلا يلحق به أن كذبه الشرع بأن يكون مشهور النسب، ومن ذلك دعوى الغصب والفساد على رجل صالح لا ينسب إليه ذلك ولا يليق به فلا تسمع تلك الدعوى وشبه ذلك.

النوع الثانى: ما تصدقه العادة مثل أن يدعى سلعة معينة بيد رجل، أو يدعى غريب وديعة على رجل صالح، أو يدعى مسافر أنه أودع أحد رفقته وكالمدعى على صانع منتصب للعمل أنه دفع إليه متاعا يصنعه له، وكالمدعى على بعض أهل الأسواق المنتصبين للبيع والشراء أنه باع منه أو اشترى، وكالرجل يذكر فى مرض موته أن له دينا قبل رجل وأوصى أن يتقاضى منه فينكره المطلوب وما أشبه ذلك، فهذه الدعوى مسموعة من مدعيها، ويمكن من إقامة البينة على مطابقتها، أو يستحلف المدعى عليه ولا يحتاج فى استحلافه إلى إثبات خلطة.

النوع الثالث: وهو ما لا تقضى العادة بصدقة ولا بكذبه، مثل أن يدعى الرجل دينا فى ذمة رجل، أو يدعى معاملة، فهذه الدعوى أيضًا مسموعة من مدعيها ويمكن من إقامة البينة على مطابقتها، فأما استحلاف المدعى عليه فليس له ذلك إلا بإثبات الخلطة بينهما وسيأتى ذلك.

فصل: فى كيفية تصحيح الدعوى

والمدعى به أنواع فإن كانت الدعوى فى شىء من الأعيان وهو بيد المدعى عليه فتصحيح الدعوى أن يبين ما يدعى ويذكر أنه فى يد المطلوب بطريق الغصب أو العداء أو الوديعة أو العارية أو الرهن أو الإجارة أو المساقاة أو غير ذلك، ولا

يشترط فى المدعى أن يسأل الحاكم النظر بينهما بما يوجبه الشرع. قال ابن سهل: وإذا نقص المدعى من دعواه ما فيه بيان مطلبه أمره بتمامه، وإن أتى بإشكال أمره ببيانه فإذا صحت الدعوى سأل الحاكم المطلوب عنها.

تنبيه: قال المازرى فى «شرح التلقين» والدعوى على الغائب كالحاضر فيجب أن يذكر الحق ومقداره وجنسه، وكون البينة تشهد به ويفصل فى الدعوى على حسب ما يجب فى دعوى الحاضر، ولا يشترط عندنا ما قاله الشافعية فى الدعوى على الغائب أنه يقول: إن عنده بينة تشهد، وأن الغائب منكر لحقه، ومتى ذكر أنه مقر لم يقض له عليه، قالوا: لأن البينة إنما تطلب لإظهار ما خفى وأما إذا كان مقرًا فإنه لا يحتاج إليها، وإن شهدت لم تقع الشهادة موقعها وإن كانت الدعوى فى شىء فى الذمة فيبين قدره كما تقدم، إلا أنه لا يحتاج فى هذا إلى ذكر أنه فى يده بل يذكر أنه ترتب فى ذمته من بيع أو قرض أو سلم ونحو ذلك، وإن كانت الدعوى فى دار أو عقار من الأراضى فيبين موضعها من البلد والمحلة والسكة، ويقول: ادعى على فلان بن فلان هذا أن جميع الدار الموصوفة المحدودة بجميع حقوقها وحدودها ملك لى من جهة كذا، وأنها بيده بطريق كذا، كما تقدم بيانه، وسيأتى فى قسم الجواب عن الدعوى كلام ابن رشد أن المدعى عقارا بيد غيره إذا زعم أنه صار إليه عمن ورثة عنه أن المطلوب لا يسئل عن شىء حتى يثبت الطالب موت مورثه الذى ادعى أنه وصل إليه من جهته، وفى المسألة خلاف سيأتى، وإن كانت الدعوى فى دنانير أو دراهم فى ذمة المطلوب أو عن ثمن شىء من المثمونات فلابد أن يذكر الجنس دنانير أو دراهم والنوع مصرية أو مغربية، والصفة صحاحا أو مكسورة، والمقدار والسكة؛ قاله القرافى فى «القواعد»، وإن كانت الدعوى فى شىء من ذوات الأمثال فإنه يذكر الكيل أو الوزن أو العدد ويبين من صفة ذلك ما ينضبط به ويتميز، وإن كانت الدعوى فى شىء من السلم أو القرض ذكر الصفات المعتبرة التى يضبطه بها أهل المعرفة، وذلك يختلف كالتمر فإنه أنواع فيذكر البرنى مثلا ويذكر الجودة والوسط وكذا سائر الألوان، والقمح أيضا يتنوع وكذا الثياب والرقيق والدواب والخشب وغير ذلك، فيذكر فى كل نوع ما ينضبط به ويتميز.

قال القرافى: وذكر القيمة مع الصفة أحوط، ولابد فى ذكر الحيوان من تبيين

أسنانه وشياته وجنسه وذكر هو أو أنثى، ويذكر فى الرقيق حليته وجنسه وسنه وأنه خماسى أو سداسى أو محتلم أو مراهق أو أمرد أو ملتح، وإن كانت الدعوى فى شىء من المقومات فيصفه وصفا تنضبط به قيمته وتعرف صفته عند أهل المعرفة، وإن كانت الدعوى فيما لا تضبطه الصفة كالجواهر فلابد من ذكر القيمة من غالب نقد البلد.

قال القرافى: ويذكر فى السيف المحلى بالذهب قيمته فضة، والمحلى بالفضة قيمته ذهبا، والمحلى بهما يذكره قيمته بما شاء منهما، لأنه موضع ضرورة، وإن كانت الدعوى بأنه أتلف عليه شيئا من ذوات الأمثال أو غصبه إياه ولم يكن المدعى فيه قائما بعينه فلابد من ذكر القيمة فى الدعوى وذكر الصفة، وذلك مذكور فى «باب الرهن»، وإن كانت الدعوى فى شجة أو جرح ذكر موضعه وقدره وسماه إن عرف تسميته ليقف على ذلك أهل البصر به، وإن كانت الدعوى فى قذف ذكر لفظ القائل، فليس كل شتم وسب يوجب الحد، وإن كانت الدعوى فى سرقة فإنه يبين ما هى ومقدارها ويذكر الحرز الذى أخذها منه، وأنه خرج بها من الحرز، ويذكر صفة الحرز، فليس كل ما يظن أنه حرز حرزا شرعيا، وإن كانت الدعوى فى الأخذ بالشفعة ذكر أنه شريك للبائع فى ذلك المبيع، ويذكر صدور البيع فى الحصة التى يريد أخذها بالشفعة، وإن كان المستشفعون جماعة ذكر أنه أحدهم، وإن كانت الدعوى فى الرد بالعيب ذكر أنه ابتاع كذا بكذا من مدة كذا، وأنه وجد به عيبا متقدما على أمد التبايع لم يعلم به، وإن كان البائع غائبا ذكر غيبته وهل هى بعيدة أو قريبة، وإن كانت الدعوى فى الزوجية فقال ابن شاس: إذا ادعى أنه تزوجها تزويجا صحيحًا سمعت دعواه ولا يشترط أن يقول بولى وبرضاها، بل لو أطلق سمع أيضا، بل لو قال: هى زوجتى كفاه الإطلاق، وهذا الذى قاله ابن شاس حكم الطارئين، أما لوكانا بلديين وادعى أنه نكحها بقرطبة مثلا نكاحا صحيحًا فلا يسمع قاضى قرطبة الدعوى بينهما قبل ثبوت الزوجية عنده، ويلزم القاضى الكشف عن صحة النكاح قبل الحكم، فإن لم يثبت وأقرا بالوطء أقام القاضى عليهما الحد ذكره ابن سهل فى كتابه، وفيما ذكرناه تنبيه على ما لم نذكره فى سائر الأبواب.

***

الفصل الثانى

فى تقسيم الدعاوى

والدعاوى ثمانيـة أنواع: منها: ما لا يسمعه الحـاكم ولا يلزم المدعى بسبب ما ادعاه شيئًا،ومنها: ما لا يسمـعه الحاكم ويؤدب المدعى بسبب ما ادعاه، ومنها: ما يسمـع الحاكم الدعـوى به ويمكن المدعى من إقامـة البينة على دعـواه، ولا يلزم الحاكم المدعى عليه بالجواب، ومنها: ما يسمع الحاكم ويمنع المدعى من إقامة البينة على صحة مـا ادعاه ويرى فيه القـاضى رأيه، ومنها: ما يسمـعه الحاكم ولا يلزم المدعى عليه الجواب عنها إلا بشروط، ومنها: ما يسمعه الحاكم ويمكن المدعى من إقامـة البينة بما ادعاه ولا يحكم له بموجب مـا شهد له به على الفور، ومنهـا: ما يســمعــه الحـاكم ويمكن المدعى من إقـامة البـينة على دعـواه ويلزم المدعى عليـه بالجواب، ومنها: ما لا يسمعه الحاكم ولا يمكن المدعى من إقامة البينة على صحة ما ادعاه ويغرم ما ادعى عليه به؛ فهذه ثمانية أنواع.

النوع الأول: الدعاوى التى يكذبها العرف والعادة، وقد تقدم ذكرها.

النوع الثانى: الدعاوى على أهل الدين والصلاح بما لا يليق بهم، وسيأتى ذكرها فى أحكام السياسة.

النوع الثالث: الدعاوى على الصغير والسفيه، وسيأتى ذكر ذلك قريبًا.

النوع الرابع: الدعاوى على من تسور على مال غائب أو قـريب للمدعى، فيقوم رجل عند القاضى يدعى نيابته عن الغائب من غيـر وكالة ليحفظ للغائب أو لقريبه ماله وسيأتى ذلك.

النوع الخامس: دعوى الرجل الدار أو العقار على مـا هو حائزه فلا يلزم المدعى عليه بذلك الجواب إلا بشروط يأتى ذكرها فى فصل الجواب عن الدعوى فى كلام ابن رشد وغيره.

النوع السادس: دعوى الرجل أن المفقود أوصى لـه أو أوصى إليه، فإن القاضى يمكن المدعى من إقامة البينة على دعواه ويسمـعها، ويثبت ذلك له، ولا يشهد له بما ثبت عنده، لأنه لا يجب له شىء إلا بعد موت المفقود وهذه المسألة تأتى قريبًا.

النوع السابع: الدعوى الصحيحة بشروطها المتقدمة.

النوع الثامن: كمن ادعى عليه بوديعة فـجحدها، فأقيمت عليـه البينة بها فادعى أنه ردها وأراد إقامة البينة على ذلك، فلا تســمع دعواه، ولا يمكن من إقامة البينة على ما ادعاه، ولها نظائر كثيرة مذكورة فى فصل الدعاوى التى يسمع الحاكم البينة عليها، والدعاوى التى لا تسمع عليها البينة.

***

الفصل الثالث

فى تقسيم المدعى عليهم

وهم على أربعة أقسام: دعوى على الحاضر المالك لأمره، ودعوى على الصغير والسفيه المولى عليه، ودعوى على الغائب، ودعوى فى مال الميت.

القسم الأول

الدعوى على الحاضر الرشيد

ويشترط فى صحة الدعوى عليه ما تقدم، وذلك يغنى عن إعادته.

القسم الثانى

فى الدعوى على الصغير والسفيه

وليس للحاكم أن يسمع الدعوى على من لا يصح إقراره فلا تسمع على السفيه، ولا ينبغى للقاضى أن يسأله عن شىء مما يدعى به عليه، ولا يكلفه فى ذلك إقرارا ولا إنكارا، وذلك فى مثل الدعوى بالديون والمعاملات من البيع والابتياع والسلف والإباحة، وأما إن كانت الدعوى مما يلزمها فى أموالهما مثل ما يكون منهما على العداء كاستهلاك الشىء أو غصبه أو اختلاسه أو نهبه، وكالجرح والقتل وما أشبهه عمدا أو خطأ فإنه يسمع البينة من المدعى ويكلفه إثبات صحة دعواه، ويقضى بذلك فى أموالهما إن كان لهما مال أو يتبعان بذلك، إلا فى وجه واحد اختلف فيه وهو ما دفع من المال للسفيه ليختبر به فقال ابن القاسم: لا يلحقه فيه دين ولا فيما بقى له لأنه لم يخرج من الولاية بذلك وقال غيره: يلحقه ذلك فيما أذن له فيه خاصة.

قال ابن القاسم: ولو دفع أجنبى إلى محجور له مالاً يتجر فيه فما لحقه من دين فيه كان ذلك المال خاصة، بخلاف دفع الوصى، ولا يلزم ذمته ولا ذمة الدافع شىء وإذا فرعنا على القول بلزوم ذلك بيده سمع القاضى البينة على بيعه أو إسلافه، فإن شهدوا على معاينة ذلك أنفذه وإن كانوا إنما شهدوا على إقراره لم

يلزمه شيء، إلا أن يشهدوا أن إقراره كان بحضرة المبايعة وبفورها، وإن كانوا لم يحضروها لكنهم علموا أن ذلك كان فى مجلس التبايع وفى حينه فتجوز، ويعدى رب الحق فيما بيد السفيه من المال بعد الإعذار إلى وليه فيما ثبت عليه من ذلك.

مسألة: ومن أنواع المولى عليهم العبد فإذا ادعى عليه بما يوجب القصاص فيلزمه الجواب، وإن ادعى عليه بما يوجب الأرش فيطلب الجواب من السيد، وإن ادعى عليه بما يوجب المال فيطلب الجواب من العبد فإن أقر وكان مأذونا فهو كالحر، وإن لم يكن مأذونا وقف إقراره على سيده فيرده أو يلزمه إياه، فإن أعتق قبل أن يعلم ما عند سيده لزمه الدين، ولا يحكم القاضى عليه بإلزام الدين ذمته حتى يثبت عنده ما عند السيد فيه من إلزام أو إسقاط، وذلك بعد أن يثبت عنده حال العبد من إذن أو حجر فإن لم يثبت عنده شيء فهو على الحجر حتى يثبت عند خلافه.

مسألة: قال ابن حبيب: قال أصبغ فى الصبى الذى يدعى قبله أو فى يده شيء أن ابن القاسم قال فى ذلك: لا ينبغى للقاضى أن يوكل عنه وكيلا يخاصم عنه، ولست أقوله -يعنى أصبغ- ولكن الذى ينبغى للقاضى أن يوكل عليه وكيلا مفوضا إليه جميع أموره فتكون هذه الخصومة من أموره التى ينظر له فيها وفيما شبهها، لأن حقا على القضاة أن لا يهملوا الأيتام، وإنما الذى أكره له أن يوكل عليه وكيلا لهذه الخصومة ثم يعزله عنها، وقال ابن الماجشون مثل قول أصبغ.

القسم الثالث

فى الدعوى على الغائب

وقد تقدم فى الركن الخامس فى المقضى عليه جملة من مسائله، وهو على قسمين غائب عن مجلس الحاكم وغائب عن البلد، فأما الأول فقال سحنون: لا تسمع البينة دون حضوره إلا أن يتوارى أو يتعزز بسلطان فيقضى عليه، وسيأتى حكم ذلك فى باب مفرد وأما الثانى: فقال ابن عبد الحكم: يشترط فى الحكم على الغائب وسماع الدعوى عليه أن يكون له بموضع الحكم مال أو وكيل أو حميل، لأنه لم يول على جميع الناس بل على بلد خاص، وفى أسئلة الشيخين أبى عمر وأبى بكر بن عبد الرحمن أن الحكم على الغائب فى غير عمله جائز فى القسم،

إذا كان له فى موضعه ما يحكم عليه فيه، وقال ابن القاسم فى «المدونة»: سمعت من يذكر عن مالك أنه لا يقضى على الغائب فى الدور وهو رأى، إلا فى البعيد الغيبة التى لايمكن المدعى السير إليه لبعده وانقطاعه.

تنبيه: ولا يسجل القاضى بتخليد دين فى ذمة الغائب إلا أن يكون من أهل عمله ولا يضر إن سافر إلى غير عمله، أما إن استوطن غير عمله أو لم يسكن قبل ذلك فيه فحسبه أن يقيد بثبوت الدين لا الحكم بتخليده.

مسألة: قال ابن حبيب: قال أصبغ عن ابن القاسم: وإذا ادعى رجل على غائب فى ماله حقا أو فى داره أو فى أرضه وغيبته بعيدة منقطعة فلا يوكل الحاكم وكيلا يقوم عنه بشىء، ولكن إن تبين للقاضى حق على الغائب ورأى وجه حكمٍ حكَم عليه، وذكر فى كتاب الحكم غيبته وأنه قد أبقى له حجته فإذا قدم وتكلم فى ذلك وجاء بحجته نظر القاضى له فيها. وقال المازرى فى «شرح التلقين»: والدعوى على الغائب كالدعوى على الحاضر يجب أن يذكر الحق وجنسه ومقداره، وكون البينة تشهد به ويفصل الدعوى على حسب ما يجب فى دعوى الحاضر، وقد تقدم ذلك بزيادة فى تصحيح الدعوى.

مسألة: وإذا كان الغائب على مسيرة اليومين والثلاثة والطريق مأمونة أعذر إليه فى الدين بعد ثبوته، فإما قدم وإلا وكل، فإن لم يفعل باع عليه أصوله، ويحكم عليه أيضا فى استحقاق الأصول والحيوان والعروض وجميع الأشياء من طلاق وغيره، ولا ترجى له حجة، وإن كان بعيد الغيبة كعشرة أيام ونحوها حكم عليه فيما عدا الأصول دون إعذار وترجى له الحجة.

قال ابن القاسم: ولا يقيم القاضى لغائب ولا لطفل من يقوم بحجته. ابن رشد: وقال سحنون وابن الماجشون: يحكم على الغائب فى هذه الغيبة فى الأصول وغيرها ولا ترجى له حجة، قال: وعلى قولهما فيوكل من يعذر إليه فى حقهما بيان، والذى جرى به العمل أن القاضى لا يحكم على الغائب فى الأصول وإنما يسمع من بينة القائم ويشهد بما ثبت عنده، ولا ينزل المشهود له فى المشهود به؛ أى: لا يسلمه إليه، وقال ابن الماجشون: العمل عندنا أنه يسمع البينة ويوقع

شهادتهم فـإذا حضر عرفه بهم وأعـذر إليه فيهم، فإن لم يـكن عنده مدفع قضى عليه.

مسألة: وإن كان بعيد الغيبة جدا أو مفقودا حكم عليه فى الأصول وغيرها. قال ابن القاسم: سـمعت من يذكـر عن مالك أنه لا يقضى علـى الغائب فى الدور، وهو رأى إلا فى بعيد الغيبة كالأندلس أو طنجة.

تنبيه: ولا يحكم على الغائب إلا بعد يمين القضاء.

مسألة: فإن لم يكن للغائب ببلد القائم مال يحكم عليه فيه، وطلب من القاضى أن يخاطب له على حكمه عليه بالـدين أجابه إلى ذلك، والخطاب يكون بالإشهاد أو بالكتاب أو بالمشافهة، وسيأتى حكم ذلك فى القضاء بكتاب القاضى ومشافهته، وسيأتى فى «فصل الإعذار»، وما ينبغى للحاكم من تسميته الشهود الذين ثبت بهم الحق على الغائب، والحكم إذا لم يسم الشهود.

مسألة: إذا كانت عند رجل كتب لغائب فقام رجل عند القاضى وذكر أن له فى تلك الكتب حقا ومنفعة، وسأله أن يأمر الرجـل بإحضار الكتب لينظر له فيها فإن القاضى يأمـر الذى عنده الكتب بإحضارها وينظر فـيه. من ابن سهل فى «كـتاب الأقضية».

القسم الرابع

الدعوى على الميت

ولا تسمـع الدعوى فى مـال الميت إلا بعد ثبـوت وفاته وعـدد ورثته فـإن أقر الوارث الرشيد بها ولم يكن ثم غيره لم يفتقر إلى ثبوتها، وإن ثبت الدين بالشهادة وأعذر فـيه للوارث وعجـز عن الدفع حلف القاضى المدعى يـمين القضـاء أنه ما اقتضى ذلك الدين ولا شيئـا منه، ولا سقط عن الميت بوجه وأنه باقٍ له عليه وفى تركته بعد وفاته إلى حين يمينه هذه، وأعداه به على الوارث.

مسألة: ويمين القضاء متوجـه على من يقوم على الميت أو الغائب أو اليتيم، أو على الأحـباس، أو على بيت المال، أو على المسـاكين وغـير ذلك وسـيأتـى ذكر ذلك.

مسألة: ولو كان الورثة كلهم كبارا ولم يدعوا الدفع من الميت ولا منهم ففي «كتاب ابن شعبان»: لا يلزم رب الدين يمين بخلاف الأصاغر وظاهر ما في «النوادر» خلافه، وقال بعض الشيوخ: لابد من اليمين مخافة طرو دين أو وراث آخر، فإن كانوا صغارا فلابد من ثبوت الوصية وصغر الورثة، فإذا ثبت ذلك كانت الخصومة مع الوصي غير أن الوصي لا يكلف جوابا، لأن إقراره في ذلك أو إنكاره غير عامل، ولكن يحضر ليعلم من شهد على الميت ليكون ذلك أعون له في مدفع إن رامه.

مسألة: وإن كان الوارث رشيدا ولم يخلف الميت مالا ظاهرا فله تحليفه أنه لم يرث عنه شيئًا.

***

الفصل الرابع
فى تقسيم المدعى لهم، وما يسمع من بيناتهم وما لا يسمع منها

وهم ستة أنواع:

النوع الأول: من يريد إقامتها لصحة ما ادعى به لنفسه.

النوع الثانى: من يريد إقامتها لصحة ما ادعى به لموكله.

النوع الثالث: من يريد إقامتها لصحة ما ادعى به لقريبه أو جاره من غير وكالة له على ما قام فيه.

النوع الرابع: من يريد إقامتها لصحة ما ادعى به على وجه الحسبة للغائب.

النوع الخامس: من يريد إقامتها لصحة ما ادعى به لمن هو تحت ولايته من أب أو وصى.

النوع السادس: من يريد إقامتها لصحة ما ادعى به لنفسه ولغيره.

النوع الأول

- من يريد إقامتها لنفسه، وقد تقدم أن الدعوى الصحيحة يمكن مدعيها من إقامة البينة على صحتها، وقد يمنع من إقامتها فى وجوه.

منها: إذا استحلف المدعى المطلوب مع العلم ببينته الحاضرة ثم أراد القيام بها، لم يمكن من إقامتها على خلاف فيه، وهذا مبسوط فى الباب الحادى والعشرين.

ومنها: أن من ادعى عليه بدين من سلف أو ادعى عليه بقراض أو ادعى عليه بوديعة أو ببضاعة أو رسالة أو رهن أو عارية أوهبة أو صدقة، أو بحق من الحقوق فجحد أن يكون عليه شىء من ذلك، فلما خاف أن تقوم عليه البينة بذلك أقر به، وادعى فيه وجها من الوجوه يريد إسقاط ذلك عن نفسه، لم ينفعه ذلك وإن قامت له البينة على ما زعم أخيرا لأن حجوده أولا إكذاب لبينته فلا تسمع، وإن كانوا عدولا، وكذا لو لم يقر بل لما جحد قامت عليه البينة فأراد أن يقيم البينة بما يبرئه

من ذلك لم تسمع بينته، إلا فى بعض الوجوه، وقد ذكرناه فى «باب القضاء بالجحود».

ومنها: لو أنكر الوكيل قبض الثمن فقامت عليه البينة فقال: تلف أو رددته لم تسمع دعواه ولا بينته، لأنه كذبها.

ومنها: من ثبت عليه حق بشاهد فقال للمدعى: احلف مع شاهدك، فقال: أخشى أن أحلف، وتدعى العدم فأشهد له بأنه موسر، فحلف المدعى، ثم ادعى المطلوب العدم وأقام بينة على ذلك لم تسمع، لأنه أكذبها، وقد تقدمت هذه المسألة.

ومنها: قال ابن الماجشون فيمن تصدق بأرض على رجل ثم غاب المتصدق فأراد المتصدق عليه أن يثبت صدقته عند السلطان ليحوزها ويحقها، فلا ينبغى للحاكم أن يسمع بينته على مثل هذا حتى يدفعه عن قبض ذلك دافع، مثل ذلك الرجل أو وكيله أو زوجته، فإن قال أحد من هؤلاء: خرج عنا صاحبنا ولا نعلمه تصدق بشىء، فعند ذلك يضرب الأجل للغائب على قدر مسافة سفره، وبعد غيبته، فإذا انقضت ولم يأت سمع من بينته، فإذا تحقق أنه حق دفع إليه ذلك وثبتت العطية، ولا نرى أن توقف الأرض وكراؤها لينظر حال الغائب. إن كان حيا يوم قبضها أو ميتا، بل يمضى له صدقته بما ظهر من حقيقتها، ثم إن ادعى ورثته بعد ذلك أن صاحبهم مات قبل حوز الصدقة بالحكم وأثبتوا ذلك ببينة قامت على التأريخ ردتها ميراثا، وإلا فقد نفذت لصاحبها، وقال مطرف: لا نرى أن يحكم فيها ولا ينظر فيها بشىء حتى يقدم الغائب، وليست الصدقة فى الحكم بها على الغائب كغيرها من الحقوق، وقال أصبغ: لا أرى أن يسمع من بينته فإذا حقت له الصدقة أوقفها وكراءها لينظر الغائب أحى، هو يوم الحكم أو ميت؟ فإن كان يومئذ حيا دفعها إليه، وما اجتمع من كرائها وإن كان ميتا كانت وما اجتمع من كرائها ميراثا عنه لورثته، قال ابن حبيب: وقول ابن الماجشون أحب إلى لأنه على الحياة حتى يثبت موته.

ومنها: إذا حل القاضى بغير عمله فأتاه قوم من أهل عمله يسألونه أن يسمع من بينتهم على رجل فى عمله فليس له ذلك، لأنه ليس والى ذلك البلد، فليس له أن يسمع من بينته فيها، ولا ينظر فى بينة أحد، ولا يشهد عنده أحد إلا فى بلده،

قال أصبغ: إلا أن يبعث الإمام القاضى إلى بلد لأمر ينوبه من أمر العامة، فيأتى إليه رجل فيذكر أن له حقا على رجل من أهل عمله وبينته فى هذا البلد، ويسأله منهم فله ذلك.

ومنها: إذا أوصى المفقود لرجل بوصية أو أوصى إليه وادعى الموصى له بذلك جاز للقاضى أن يسمع من بينة الموصى له وثبت له حقه قبل تمويت المفقود، قال ابن حبيب: وقال مطرف وابن الماجشون: لا يسمع من بينته ولا يشهد له على ما ثبت عنده من ذلك، لأنه لا يجب لهذا إلا بعد أن يموت المفقود، وليس من الصواب أن يسمع القاضى من بينة رجل على أمر لا يحكم له به اليوم، وإنما ينبغى لهذا أن يشهد على شهادة شهدائه، وأصل هذا أنه لا ينبغى للقاضى أن يقبل من أحد بينة إلا على أمر يدافع عنه أو يخاصم فيه أو يطلب أخذيه يوم تقوم بينته وهو شأن الحكام عندنا، قال ابن حبيب: وهذا أحب إلى وبه أقول.

ومنها: قال ابن حبيب: قال لى مطرف وابن الماجشون فى الرجل يكون فى يده الحكم من السلطان أو الشراء لمنزله أو عبده أو ما أشبه ذلك فيقوم به إلى سلطان موضعه ليسمع من بينته ويحيى له ذلك بالإشهاد عليه والإمضاء له، إن كان الذى بيده حكما فلا ينبغى للسلطان أن يفعل هذا لأحد حتى يعارض فيه بخصومة أو دعوى أو ما أشبه ذلك، ولكن يأمر صاحبه يجيبه بالإشهاد على شهداء حقه أو شهداء كتابه إن أحب، إلا أن يكون طرأت له البينة على ذلك الحق من غير ذلك البلد وقل من يعرفهم ويعدلهم، فيسأل أن يسمع منهم قبل تفرقهم ويحيى له حقه بهم قبل موته وفوات من يشهد له عليه، ولأنه يجد الآن من يعدل به شهداءه الطارئين عليه عند السلطان ممن يعرفهم السلطان، ولا يمكنه أن يجيبه لذلك بالإشهاد على شهادتهم لأن من يشهده على شهادتهم لا يعرفونهم، ولا يجوز أن يعدلهم عند أولئك الذين أشهدهم على شهادتهم، فمثل هذا ينبغى للإمام أن ينظر له فيه ويحيى له حقه ويشهد له على ذلك، ويذكر فى كتاب الإشهاد أنه لم يخاصمه فى ذلك أحد ولا قطع به حجة أحد يقوم بها عليه فيه بعد اليوم، وما أشبه ذلك من تحقيق الحق، وإظهار ما يتقى من عورة فينظر فيه أو يكون حكما قد خرجت وثيقته وأشفى منها على ذهابه، ولا يجد السبيل إلى إحيائه إلا بالسلطان،

فإنه ينظر له فى إحيائه بما يرى ويشهد فيه أنه لم يخاصمه أحد ولم يقطع بالذى فعل حجة أحد يدعى فيه حقا بعد اليوم.

ومنها: قال ابن حبيب: قال لى أصبغ لا ينبغى للقاضى إذا عزل الوصى لأمر كرهه منه أو لعذر رآه فيه أن يكتب له براءة مما جرى على يديه قبل ذلك مما زعم أنه أنفقه عليه، وإن أتاه على ذلك ببينة فلا يسمعها حتى يبلغ اليتيم مبلغ الدفع عن نفسه، ولكن إن أخذ القاضى منه مالا ليتيم كان فى يديه عند عزله إياه كتب له براءة منه وأخذه منه.

ومنها: أن من ادعى على صغير أو سفيه بدين من معاملة أو بيع أو ابتياع أو سلف فلا يسمع الدعوى عليه ولا يمكن من إقامة البينة وقد تقدم هذا.

ومنها: أن من كانت له دعوى فأجلها الحاكم وأعذر إليه ثم عجزه فإنه لا تسمع منه بعد ذلك حجة ولا يمكنه من إقامة بينة فيما ادعاه إلا فى مواضع مخصوصة ذكرتها فى فصل التعجيز.

ومنها: أن من كان معلوم الملا ظاهر الغنى وللناس عليه ديون ثم ادعى الفلس وطلب أن يقيم بينة على فقره فإن القاضى لا يسمع منه بينة بالعدم، وإنما يسمع بينته بأنه ذهب ما بيده، وحكمه الضرب والحبس حتى يؤدى ما عليه.

ومنها: أن من عليه دين منجم أدى بعضه ثم ادعى العجز فلا تسمع بينته إلا أن يأتى ببينة على ذهاب ما بيده، ذكر هذا وما قبله اللخمى والمازرى.

ومنها: الرجل يطلق زوجته ثم تطلب منه نفقة أولاده فيدعى العدم، فلا تسمع بينته إلا أن يأتى ببينة بذهاب ما بيده؛ لأنه بالأمس كان ينفق عليهم وعلى زوجته، فهو اليوم أقدر لزوال نفقة الزوجة عنه؛ انظر «اللخمى».

النوع الثانى

من يريد إقامة البينة على صحة ما ادعى به لموكله

مسألة: ومن وكل وكيلا على طلب عبد له آبق فأدركه الوكيل فى يد المشترى فأراد أن يقيم البينة أنه للذى وكله لم يمكن من ذلك، لأن الرجل قد يوكل على

طلب الآبق ولا يوكل على الخصومة فيه، فلابد أن يثبت الوكالة على الخصومة فيه وأنه هذا العبد بعينه، ويشهدوا على الصفة كما وصف لهم صاحب العبد، لأنه قد يكون للرجل العبد فيبيعه ثم يكون له آخر فيأبق، فلعل هذا العبد قد باعه سيده وليس هو الذى أبق منه.

قال مطرف وابن الماجشون: ولو أشهدهم أنه قد وكله على الخصومة فى كل عبد له لكان جائزا أيضا وتتم الوكالة، ثم تشهد البينة له أن هذا العبد عبد فلان لا يعلمونه باع ولا وهب ثم ينظر السلطان فى غيبة الموكل ولا يحلف الوكيل، فإن كانت قريبة يجلب من مثلها إلى اليمين أمر أن يؤتى به حتى يحلف، وإن كانت بعيدة كتب القاضى إلى أمنائه بالذى ثبت عنده لصاحب العبد وأمر من كتب إليه أن يحلفه ما باع ولا وهب، ويفعل ذلك المكتوب إليه، ويقضى به للموكل. وقال أصبغ: إن كانت الغيبة بعيدة جدا قضى به للموكل ولم يحبس عليه باليمين.

مسألة: وإذا أتى الوكيل إلى القاضى بشهود الحق الذى وكل عليه وأراد أن يسمع القاضى من بينته قبل أن تثبت وكالته عنده فاختلف فى سماعها، فأما ابن القاسم فقال: إن خاف أن يجرح الشهود وكان لما سأله وجه سمع بينته ثم يثبت الوكالة بعد ذلك وإلا لم يسمعها حتى تثبت وكالته. وأما على قول مطرف وابن الماجشون: إن القاضى لا يقبل من أحد بينة إلا فى حال يحكم بها للطالب أو يدفع عن المطلوب، فإنه لا يسمع البينة حتى يثبت وكالته، وإن خشى غيبتهم أشهد على شهادتهم.

مسألة: وإذا وكلت المرأة رجلا على عقد نكاحها من رجل فعقده ثم قام على الزوج يطلبه بالحال من صداقها، وطلب مخاصمته فى ذلك عند القاضى، وأراد إقامة البينة أنه وكيلها لم تسمع دعواه ولا بينته إلا أن يأتى ببينة تشهد له على التوكيل فى قبض الصداق، لأن عقد النكاح لا يستلزم قبض الصداق.

مسألة: وكذلك الوكيل على بيع الدار أو العقار إذا أراد قبض الثمن من المشترى وأراد أن يقيم البينة أنه وكيل على البيع لم يمكن من ذلك، لأن العرف والعادة أن وكيل البيع فى الدار والعقار لا يقبض الثمن فليس له ذلك إلا بتوكيل خاص على قبض الثمن، إلا أن يكون أهل بلد جرت عادتهم بأن متولى البيع يتولى قبض

الثمن فيجزئه إقامة البينة على الوكالة على البيع، وهذا بخلاف الوكيل على بيع السلع فإن له قبض الثمن والمطالبة به؛ انظر «التقييد على التهذيب» و«الطرر» عليه أيضا فى «كتاب النكاح» من «المدونة» فى «باب الصداق».

مسألة: وفى «أحكام ابن سهل»: وسئل سحنون عمن وكل رجلا على مخاصمة رجل فلم يقم الوكيل بذلك إلا بعد سنتين، وقد أنشب الخصومة قبل ذلك، ثم أتى بالبينة أو لم ينشب خصومة ولم يعرض فى شىء حتى مرت به السنتان ثم قام بعدهما يطلب بتلك الوكالة القديمة فهل له أن يقيم البينة ويخاصم فى ذلك أم يجدد الوكالة؟ فقال سحنون: يبعث الحاكم إلى الموكل يسأله أهو على وكالته أو خلعه عنه، وإن كان الموكل غائبا فهو على وكالته. قال ابن سهل: رأيت بعض شيوخنا يستكثر إمساكه عن الخصومة ستة أشهر أونحوها، ويرى تجديد الوكالة إن أراد الخصومة.

النوع الثالث

من يريد إقامة البينة لصحة ما ادعى به لقريبه أوجاره

قال ابن حبيب: وأخبرنى مطرف عن مالك فى الرجل يتعلق بالرجل فى بعض المواضع فيدعى أن لأبيه عليه دينا أنه يمكن من إيقاع البينة عليه بغير توكيل. قال مطرف: وذلك إذا كان المدعى له قريبا، فإذا أتى بالبينة أعذر إليه السلطان بالمال فأتى به ووقفه للغائب وضرب له أجلا، فإن جاء فطلبه أخذه، وإن قال: كنت تقاضيته أو لم يأت الأجل رد إلى الغريم، وإن كان بعيدا لم يوقف له شىء ولم يمرض للغريم إلا بتوكيل يثبت للولد تفويض إليه فى أمور أبيه والقيام له، ولو كان مقرا بالدين ترك ولم يعرض له كانت غيبة الأب قريبة أو بعيدة، إلا أن يثبت توكيل الولد فيأخذه، ولو كان حين عجز الغريم عن الدفع ومكن المدعى من إقامة البينة أقام شاهدا واحدا وعجز عن الآخر حلف الغريم بالله أنه برئ من هذا الدين، فإن حلف برئ إلا من العرضة له، فإذا قدم الغائب حلف مع شاهده واتبعه بهذا الحق، وإن لم يحلف صاحب الحق فعن حقه نكل. أما لو نكل الغريم عن اليمين أخذ منه الحق معجلا ثم أوقف المال كما تقدم، فإذا قدم الغائب أخذه بلا يمين.

مسألة: قال ابن حبيب: قال مطرف فى رجل ادعى عند القاضى أن منزلا لابن عمه أو قرية لجار له غائب فى يد رجل قد خشى عليه التواء والهلاك، فسأل القاضى توكيله له ليخاصمه فى ذلك، فإن مالكا كتب فى هذا إلى ابن غانم القاضى بإفريقية أن لا يقبل للقائم حجة إلا بوكالة من الغائب، وقال أصبغ: كذلك سمعت ابن القاسم يقول، ويذكره عن مالك -رحمه الله- وزاد ابن القاسم: ولا بأس على القاضى بأن يأمر الذى يرفع إليه ذلك بأن يثبت مال الغائب عنده بالبينة ويسمع منها، ويكتب للغائب بذلك كتابا، ويطبع عليه ويشهد له بما فيه، فمتى قام الغاصب يوما عند هذا القاضى الذى كتب له بذلك أو عند غيره وإن كان قد مات شهوده، أنفذ له ذلك الكتاب بما أشهد القاضى من ثباته.

مسألة: فى الرجل يهلك بالقيروان ويترك زوجته وأخا له غائبا بالأندلس ويخلف متاعا وحيوانا ودورا، فأرادت المرأة بيع ذلك وادعته، فقام ولد الأخ الغائب فطلب من يثبت ذلك للميت فقال مالك: إذا ثبت عند القاضى أن الهالك مات وأخوه حىٌّ فإنه يمكن هذا القائم من مخاصمة المرأة وإثبات ذلك للميت، فما ثبت مما يصير للغائب لم يدفع لولده ولكن يوقف له.

مسألة: وأما الأخ يقوم لأخيه والجار يقوم لجاره فليس لهما ذلك، إلا أن يكون ذلك فى العبد أو الدابة أو الثوب يدعيه فى يد الرجل لأبيه أو لابنه أو لأخيه أو لجاره على وجه الحسبة والحبس عليهم وكلهم غائب فأرى أن يمكن فى مثل هذا من إيقاع البينة لهؤلاء كلهم، لأن هذه أشياء تفوت وتحول وتغيب، فإن أقام بينة قاطعة أو شاهدا واحدا ادعاه السلطان بحميل قيمة ذلك الشىء بعد أن يذكر صفته فى كتاب ويشهد عليه كما يشهد على الحكم، ويضرب فيه أجلا للغائب، فإن أبى إلى ذلك الأجل حلف بالله ما باع ولا وهب ولا خرج عن ملكه ولا عن يده بوجه حق، ويأخذه إذا كان قد قامت له شهادة قاطعة، وإن كان إنما قام له شاهد واحد حلف مع شاهده أن حقه لحق وأنه ما باع ولا وهب ولا خرج ذلك من يده بوجه حق.

وقال ابن الماجشون: لست أرى أن أمكن أحدا من إيقاع البينة على أحد بدعواه عليه لغير نفسه لا لأب ولا لولد ولا لجاره لا لأخ فى دين ولا فى حيوان ولا فى عرض كانت غيبة المدعى له قريبة أو بعيدة، ولا يعرض للمدعى ذلك عليه إلا

بوكالة للقائم فى ذلك، وأما أصبغ فذهب مطرف فى ذلك كله إلا أنه قال فى دعوى الولد لأبيه بالدين إن كانت غيبة الأب بعيدة وقد أثبته الولد بالبينة فطول غيبته كموته يقبضه السلطان ويوقفه مع ماله، قال ابن حبيب: وقول مطرف أحب إلى وبه أقول.

النوع الرابع

من يريد إقامة البينة لصحة ما ادعى به للغائب أو لغيره على وجه الحسبة

قال فضل بن سلمة: وقد حكى ابن عبدوس لابن كنانة فى مال الغائب إذا كان بيد رجل بغير خلافة، فهل يمكن أحد من القيام فيه بغير وكالة؟ فقال: ذلك إلى اجتهاد الإمام ونظره، وهذا خلاف ما ذهب إليه أصحاب مالك. قال ابن القاسم: ولو جهل الإمام فأمره بالمخاصمة فحكم على القائم لم يجز ذلك على الغائب، ولا له، وقال ابن نافع مثله.

مسألة: قال فضل: وقد حكى ابن عبدوس أن عبد الرحمن بن أنعم قاضى إفريقية كان يفعل فيمن رفع إليه مال غائب أنه بيد غيره أنه يوكله على القيام فيه ويمكن من مخاصمته، فسئل مالك عن ذلك فلم يره وذلك لطول الزمان ودروس العلم، قال فضل: وهذا يدل على أن معنى قول مالك: إنه لو كان فيما قرب لأمكنه من مخاصمته.

مسألة: وقد حكى ابن عبدوس فى الغائب يخرج فى سفره فيخلف عقارا أو مالا أو غير ذلك فيصير بيد رجل بغير خلافة هل ينزعه القاضى منه ويوكل عليه؟ فقال: إن كان تركه بيد زوجته وولده فلا يعرض لهم فيه، وإن كان لم يتركه بيد أحد فقام رجل فأخذه فإن القاضى ينزعه منه ويوكل للغائب عليه، ولا يمكن أهل العداء من عدائهم.

مسألة: قال ابن حبيب: قال أصبغ ومطرف فى الأرض تكون للغائب بيد الرجل بخلافة أو بغير خلافة: لا أرى لسلطان أن يتوثق للغائب منها إن رفع ذلك إليه، ولا يمكن أحدا يخاصم فيه إلا بوكالة، ولا يقبلها ممن هى بيده إن تبرأ منها إليه، ولا ينبغى أن يشهد شهودا على إقرار المدعى الذى هى فى يده أنها ليست

له، لأنه قد يقر بها لمن ليست له، فيكون إشهاد السلطان على إقراره حجة للمبطل، ووهنا للمحق، وكذلك ورثته من بعده، ولا يعرض لهم فيما فى أيديهم من ذلك، قال أصبغ: إلا أن يكون هذا المتبرى المقر عاجزا عن ولايتها، فإن للسلطان أن يأمره بالإشهاد على نفسه بما أقر ورفعه إلى الحاكم ثم يوليها القاضى من رأى الغائب بغير حكم ولا إشهاد منه بأنها له إلا على حال تخلية هذا منها، فإن جاء طالب سواه لم يبطل عنه بذلك شيئا من حجته. قال ابن حبيب: قال مطرف وأصبغ: ولو كانت الأرض ليست بيد أحد ولا يدعيها أحد ورفع إليه العدول أن صاحبها خرج عنها ويسمونه وينسبونه وأنه تركها هكذا وقد تطاول أمرها وخيف أن يذهب حقه فيها فليوكل عند ذلك وكيلا للغائب ويشهد له بها، ولو كان إنما رفع إليه ذلك من لا تجوز شهادته لم ينبغ أن يعرض لها بتوكيل ولا بإشهاد خوفا من أن تكون لغير الذى سميت له، فيكون إيقاف السلطان ذلك له وفعله إن جاء صاحبها وحيل بينه وبينها شبيها بالحكم، أو تكون أرضا لصغير لا ولى له فينبغى أن يولى عليها وليا ينظر فيها وفى غيرها من ماله.

مسألة: وإذا قام محتسب للغائب فلا فرق بين أن يكون فى شىء تسور فيه على الغائب فى داره أو عقاره أو فى عيب أحدث عليه فى ملكه أو ضرر أحدث عليه فالحكم فى القيام فى العيب والضرر مثل ما تقدم فى حكم الولد والوالد والجار والأجنبى، ومن له إقامة البينة ومن لا يمكنه الحاكم من الدعوى فى مثل ذلك على ما سبق من الاختلاف، وانظر لو قام محتسب فيما تسور على حبس على الفقراء أو فيما تقدم فى النوع الثالث فى مسئلة ابن غانم، وما ذكره ابن القاسم فيها وفيما ذكره فى هذا النوع ما يؤخذ منه الحكم فى ذلك فتدبره.

النوع الخامس

من يريد إقامة البينة لصحة ما ادعى به لمن هو تحت ولايته

مسألة: ليس للأب ولا للوصى القيام عمن فى نظرهما من ابنته أو يتيمته إذا أضر بها زوجها فى نفسها إلا بتوكيلها، وليس له أن يقيم البينة أنها تحت حجره

وولايته ويدعى لها لأن لها الرضا باحتمال الضرر، وإن كانت مولى عليها وليس للأب ولا للوصى فى ذلك اعتراض؛ من «المتيطية» فى «باب الأخذ بالشروط».

مسألة: وإذا أقامت الزوجة المولى عليها عند زوجها ثمانى سنين أو سبع سنين ثم أراد أبوها أن يطالب زوجها بالكالئ أو بغيره من حقوقهما لم يكن له ذلك إلا بتوكيلها له، إلا أن يتصل سفهها وسوء حالها وتبذيرها لمالها.

النوع السادس

من يريد إقامة البينة لصحة ما ادعى به لنفسه ولغيره

قال ابن حبيب قال لى ابن الماجشون: فى الوارث يطلب حقا أو ميراثا له ولشركته، أنه يمكن من الخصومة فى ذلك فإن قضى عليه لم يكن ذلك قضاء على الغائب إلا بتوكيل منهم له على طلب ذلك، وإن قضى له وأحيا ما طلب قضى له بحظه فقط وترك حظ الغائب فى يد المطلوب بصنع فيه ما شاء، يطأ ويقبل ويبيع ويحكم كما يحكم فى ماله، فإن قدم الغيب أو ورثتهم فأراد أخذ ذلك بالحكم الأول أخذوه بلا استيفاء ولا خصومة ولا شىء، فإن قالوا: لا حق لنا فيه ترك فى يد الذى هو فى يده إلا أن يكون أحد منهم مفلسا قد قام عليه غرماؤه فلا يدفع عن نفسه ذلك بقوله: وهو حق قد وجب له عن أبيه، قال ابن حبيب: وزاد مطرف فى نصيب الغيب من الورثة أنه لا يورث عنهم إن ماتوا قبل قدومهم، ولا تقضى منه ديونهم، وإن لم يعرف لهم مال سواه، حتى تعرف دعواهم له وطلبهم إياه، قال ابن حبيب: وقول ابن الماجشون أحب إلى وهو أن يكون ذلك لورثة الغيب إذا طلبوه وإن لم يعلم لآبائهم فى ذلك دعوى، لأن رجلا لو قام يطلب دارا هلك عنها جده وقد مات أبوه فجر إلى نفسه ميراث أبيه من تلك الدار فذلك له إذا أحقها، فكذلك هذا، قال فضل بن سلمة: إن قضى على الغائب المدعى لنفسه ولغيره ثم قدم الغائب فإن جاء بحجة مثل الأول لم يمكن من الخصومة ولا من إقامة البينة، إلا أن يأتى بحجة أو بينة غير ما جاء به الأول فيمكن، وهذا قول ابن القاسم وأصحاب مالك -رحمهم الله- وفى «مختصر الواضحة» مزيد بيان واختلاف فى هذه المسألة.

مسألة: وفى سماع أصبغ قلت: فإذا قام رجل يطلب شيئا للعامة وهو واحد منهم وخاصم فيه فرأى القاضى أن لاحق للعامة فى ذلك وقضى به للخصم كيف يكتب الحاكم أعلى العامة أم على القائم، فمرة قال: عليهم ومرة قال: عليه وحده، ويذكر فيه أنه قام يطلب للعامة كذا فلم أر له حقا وحكمت عليه، فإن قام أحد بعد ذلك يريد مخاصمة المقضى له سمع القاضى من حجته ومن بينته، وإن قال كقول المقضى عليه حكم عليه وألحقه به ولم يسمع حجته ولا من بينته، وإن جاء بغير ذلك نظر له فيه أيضا ولا يعجز.

مسألة: وكذلك قال مالك فى أحد الشركاء فى الشىء يقضى عليه ثم يقوم أحد شركائه يريد المخاصمة فيه أيضا مثل ذلك، وهذه المسألة وما قبلها من المسائل التى لا يعجز فيها الطالب، وقد ذكرناها مستوفاة فى فصل التأجيل والتلوم والتعجيز فانظره.

***

الفصل الخامس
فى التنبيه على أحكام يتوقف سماع الدعوى بها
على إثبات فصول

مسألة: قال ابن راشد فى «المذهب»: ينبغى للحاكم أن لا يمكن المرأة من النكاح إلا بعد ثبوت ما يتصل به إلى ذلك، وذلك على ثلاثة أقسام:

الأول: البكر اليتيمة البلدية إذا أرادت النكاح، كلفها إثبات يتمها وبكارتها وبلوغها وخلوها من زوج، وأنهم ما علموا أن أباها أوصى بها إلى أحد، ولا أن أحدا من القضاة قدم عليها مقدما، وتثبت أيضا أنه لا ولى نسب لها، أو أن لها وليا هو أحق بعقد النكاح عليها، وتثبت كفاءة الزوج، وأن الصداق صداق مثلها على مثله.

قال فضل بن سلمة: وأنها حرة، ويسمع الشهود منها رضاها بالزوج وبالصداق، وأنها فوضت للقاضى فى نكاحها بذلك وسماعهم منها صمتا لانطقا.

الثانى: الثيب البلدية وإذا طلبت الثيب الزواج كلفها أن تثبت أصل الزوجية وطلاق الزوج لها أو وفاته عنها، وأنها لم تخلف زوجا إن تخلل ذلك طول، وأن لا ولى لها، وأن وليها فلان وأنه أحق بعقد نكاحها، وعلى القول باشتراط الكفاءة فى الثيب فتثبت ذلك.

الثالث: أن يكون الأب غير معروف ويأتى إلى الحاكم ليزوج ابنته، فقد كلفه بعض قضاة العصر أن يثبت أن له ابنة.

مسألة: قال ابن راشد جرت عادة قضاة العصر بمنع المرأة المبتوتة من رجعة مطلقها حتى تثبت دخول الزوج الثانى بها دخول اهتداء، وأنه كان يبيت عندها ويتصرف عليها تصرف الأزواج على الزوجات، وما علموا فى نكاحها ريبة ولا دلسة، أما لو قدمت مبتوتة فقالت تزوجت فأراد الذى طلقها أن يتزوجها، فقال ابن المنذر: لا أعلم أحدا من علماء الأمة قال أنها لا تصدق.

مسألة: إذا دعت امرأة أن وليها عضلها، فالصواب فى ذلك أن يسأل الولى عن ذلك، فإن امتنع من العقد عليها سئل عن وجه امتناعه، فإن ذكر ما يوجبه وبان صوابه تركه وذلك وإن لم يتبين صوابه ودام على امتناعه فعلى الزوج أن يثبت رضاها والكفاءة، وأنها خلو من زوج، وفى غير عدة ويوكل القاضى من ينكحها منه، وزاد فضل بن سلمة: وتثبت حريتها.

مسألة: يتيمة رغبت فى نكاح رجل ورفعت أمرها إلى القاضى وسألته أن يزوجها منه، فلابد أن يثبت عند القاضى أن الزوج كفؤ لها فى حاله وماله وجميع أسبابه، وأنها يتيمة فى سنها، وأنهم لا يعلمون لها وصيا من أب ولا وكيلا من قاض ولا ولى لها غير السلطان، وأنها خلو من زوج فى علمهم، وأنها فى غير عدة من زوج، ولا يجب على القاضى أن يسألهم من أين علموا أنه كفؤ لها.

مسألة: ادعى رجل عند القاضى أن أباه غاب منذ سنين غيبة منقطعة لا يعلم له مستقر، وترك عنده أختا بكرا، وقد احتاجت وصارت فى ضيعة وخطبها كفؤ، فيلزمه الحاكم إثبات ما ذكر من غيبة الأب وانقطاع خبره، والجهل بمكانه، أو أنه أسير ويثبت حاجة الأخت وكفاءة الزوج ورضاها به، ثم يأمرها بعد ذلك من يزوجها من ذلك الخاطب، وكذلك لو كانت البنت هى القائمة بذلك عند الحاكم، فلها إثبات ذلك ثم زوجها على المشهور.

مسألة: إذا تداعى رجل وامرأة فى شىء من أمور الزوجية وأقرا بالزوجية فإن كانا طارئين لم يعرض لهما الحاكم، وإن كان من أهل البلد وادعيا وقوع الزوجية فى البلد كلفهما إثبات النكاح، وسألهما عن الولى العاقد والشهود بذلك عليهما، فإن بان له كذبهما وأقرا بالوطء أقام عليهما الحد؛ انظر «ابن سهل» فى الثانى منه: فى امرأة ادعت على رجل أنه غرب ولدها.

مسألة: إذا أراد رجل أن يزوج يتيمة تحت نظره من ولده فلابد أن يثبت عند القاضى رضا اليتيمة بالزوج والسداد فى صداقها، وأن الزوج كفؤ لها فى جميع أحواله، وحينئذ يأذن له القاضى أن يزوجها من ولده.

وقال بعضهم: لو وكل القاضى غيره على العقد كان أحب إلى، وأنكر ذلك ابن لبابة وابن سهل، وقال ابن سهل: لا معنى لما قاله هذا المفتى، لأن المحذور قد زال بما ثبت عند القاضى، هذا معنى كلامه.

مسألة: رجل أنكح ابنته البكر من رجل ثم غاب عنها الزوج قبل بنائه بها غيبة طويلة فى القيروان، فقام أبوها عند القاضى يريد تطليقها عليه بعدم النفقة، وامتنع هو من الإنفاق عليها، فيلزمه أن يثبت عند القاضى مغيب الزوج، وأنه لم يخلف لها شيئا ولا أرسل إليها بشىء، ولا رجع من غيبته، ثم يتلوم القاضى عليه شهرين.

قال أبو عبد الله بن عتاب: ولابد أن يثبت قيام الأب عنها بتوكيلها إياه على ذلك، وليس للأب قيام فى ذلك إلا بتوكيلها إياه، إذ لها أن تتربص على زوجها وتنظره وتنفق على نفسها من مالها وعمل يديها، واليمين على الزوجة لا على الأب، فإذا حلفت طلقت نفسها، وسيأتى بعد هذا صفة يمينها.

وأفتى أبو عمر بن رشيق فقيه «المرية»: إذا ثبت المغيب وسأل النفقة على ابنته بتوكيلها إياه على ذلك، فلها النفقة، من حين قامت، ويضرب السلطان أجل شهرين، فإذا انقضى الأجل حلفت الزوجة أنه ما ترك لها نفقة ولا كسوة ولا شيئا تمون به نفسها، ولا تعلم له مالا ترجع فيه، ولا تعلم أن الزوجية انقطعت بينهما، وتثبت هذه اليمين عند الحاكم، ويكون لها أن تطلق نفسها من زوجها طلقة واحدة وتتزوج ساعتئذ، ولا عدة عليها إذا لم يبن بها.

مسألة: إذا شكت المرأة من زوجها الضرر، فإن الحاكم يأمرها بإثبات ما ذكرته، وإقامة البينة على ما ادعته بعد تبينها الضرر ما هو وكيف هو، فلعل الضرر كان عندها منعها من الحمامات، وتأديبها على تعطيل الصلاة، فإذا أثبتت ضررا لا يجوز فعله بها وقف عليه زوجها، فربما أقر به فأسقط كلفة الإثبات عنها، وإن أنكر دعواها أمرت حينئذ بإحضار بينة إن كانت معها، فإن عجزت عنها وتكررت شكواها كشف القاضى عن أمرها من جيرانها إن كان فيهم عدول، وإن لم يكن فيهم عدول أمر زوجها أن يسكنها فى موضع حوله الجيران العدول، فإن بان له من ضررها ما يوجب تأديب زوجها عليه أدبه ونهاه عن العودة إلى مثله، وإن كان لها شرط فى الضرر أباح لها الأخذ به، وإن عمى عليه خبرها ورأى إسكانهما مع ثقة يتفقد أمرهما أو إسكان ثقة معهما نظر فى ذلك باجتهاده، وإنما الحكمان إذا اشتكى الزوجان بعضهما بعضا وادعى كل واحد منهما أن صاحبه يضر به، وانتفى هومن الإضرار بالآخر، وتكرر ذلك من تشكيهما على الحاكم، ولم يبن له

أمرهما، وخاف الشقاق بينهما، فحينئذ يبعث حكما من أهله وحكما من أهلها؛ انظر «أحكام ابن سهل» فى «باب الطلاق» فى مسألة شكوى ابنة تمام الوزير بزوجها فقد أوعب الكلام فى شرحها وبيانها.

مسألة: لا تجب الملاعنة إذا كان الزوج والمرأة من أهل المصر إلا بعد ثبوت الزوجية وإن لم تثبت الزوجية لزم الحد وإن لم يكونا من أهل المصر لزمت الملاعنة وإن لم تثبت الزوجية.

مسألة: من ادعى على غيره بدعوى فإنه لا تجب له بمجرد الدعوى يمين على المدعى عليه حتى تثبت الخلطة بينهما، إلا فى مسائل معدودة مذكورة فى مسائل الخلطة.

مسألة: من أتى القاضى متعلقا برجل يرميه بدم وليه، فإن القاضى إذا جاءه مثل هذا فيلزمه أن يأمر المدعى أن يثبت أنه ولى الدم، فإذا ثبت له قوده من المدعى دمه كشف هل له بينة على دعواه أم لا، ولا يسأله عن البينة قبل ثبوت قوده؛ من «ابن سهل».

مسألة من الوصية: إذا ادعى على الوصى فى مال الميت والورثة صغار فلابد من ثبوت الوصية وصغر الورثة، فإذا ثبت ذلك كانت الخصومة مع الوصى حينئذ غير أن الوصى لا يكلف جوابا لأن إقراره فى ذلك أو إنكاره غير معتد به، ولكن يحضر ليعلم من شهد على الميت ليكون ذلك أعوان له فى مدفع إن رامه.

مسألة الرد بالعيب: إذا دعى رجل على رجل أنه اشترى منه زريعة وزرعها فلم تنبت، فإن وجد من تلك الزريعة بقية فإنها تجرب، فيعرف صدق المشترى من كذبه، فيجب له إذا عرف صدقه الرجوع بقيمه العيب إن لم يكن البائع مدلسا، وبجميع الثمن إن كان مدلسا، ولا يجب له شىء إذا عرف كذبه، فإن لم يبق منها ما تجرب به كلف المبتاع أن يثبت أنه زرعها فى أرض تربة تنبت فلم تنبت، فإذا أثبت ذلك كان الأمر فيه على ما تقدم من الرجوع بجميع الثمن أو بقيمة العيب، وإن لم يثبت ذلك حلف البائع على العلم أنه ما علم أنها لا تنبت؛ من «مفيد الحكام» نقله عن «ابن رشد».

مسألة: من القسمة، وفى «الواضحة»: لا يجوز للقاضى إذا سأله الورثة أو بعضهم أن يقسم بينهم ما ورثوه أن يأمر بقسم ذلك حتى يثبت عنده أن ذلك الشىء إن كان ملكا للهالك، ومالا من أمواله حتى مات عنه، وأن الهالك كان ساكنا فى تلك الدار إن كانت دارا، كما يسكن الرجل دار نفسه، حتى ملك فيها، وإن كانت قرية فلا يجوز أن يأمر بينهم بالقسمة حتى يأتوه بمن يجوز ما كان سهما للهالك وصفته فى كتاب وشهود يعرفونه ملكا للهالك أو فى يديه وعمارته حتى هلك عنه، خيفة أن يدخلوا فى قسمتهم ما ليس لهم بحق. انظر كيف جعل الشهادة باليد والاعتمار كالشهادة بالملك، وانظر ما فى السرقة والغصب؛ من «المدونة»، من «مفيد الحكام».

مسألة: قال ابن زرب: فى الذى يكون بيده الدار فيأتيه رجل فيقول إنها لجده، هل يلزم الذى بيده الدار أن يقر أو ينكر، فقال مالك: يلزمه أن يقر أو ينكر، قال القاضى ابن زرب: وهذا بعد أن يثبت الطالب موت جده وعدة ورثته، وإنما قيل هذا لأنه قد يكون جده حيا أو لا يكون هو من ورثته، وسيأتى بيان ذلك فى القسم الرابع فى حكم الجواب.

مسألة من الحجر: وفى «أحكام ابن سهل» فى «مسائل المحجور»: فى بكر يتيمة رفعت إلى القاضى كتابا تشكو فيه حالها وسوء موضعها، فالذى يجب فى ذلك أن يبعث القاضى رجلين يعرفانها بالكتاب الذى رفع إلى القاضى، فإذا أقرت به سأل القاضى عن حالها فإذا ثبت عنده موت أبيها وأنه لا ناظر لها بوصية من أب ولا بولاية من قاض، وأنها بحال مكروه، وكل القاضى لها من يقوم بأمرها ويقيمه مقام الوصى، ويخرجها إلى موضع مأمون للحالة التى اشتكت إليها بها.

مسألة: قال الجزولى فى «شرح الرسالة»: لا يكون الحاكم وليا فى النكاح حتى يثبت عنده أربعة عشر فصلا: وهى كونها صحيحة بالغة غير محرمة، ولا محرمة على الزوج، وأنها حرة، وأنها بكر أو ثيب، وأن لا ولى لها أو عضله لها، أو غيبته وخلوها من الزواج والعدة، ورضاها بالزوج والصداق، وأنه كفء لها فى الحال والمآل، وأن المهر مهر مثلها فى غير المالكة أمر نفسها، وإن كانت غير بالغة فيثبت فقرها، وأنها بنت عشرة أعوام؛ من «الشرح الكبير».

مسألة: إذا طالب أبو الابنة صهره بالنقد من الصداق والبناء بأهله فلا يسمع دعواه حتى تثبت عنده الزوجية المذكورة، ثم حينئذ يلزم الزوج بما يجب عليه، فإن ادعى الإعسار كلفه إثبات عدمه، وسيأتى ذكر هذه المسألة فى الآجال.

مسألة: إذا ادعى الطالب أن المطلوب تغيب ودعا إلى الطبع على داره أو تسميرها حسب ما يراه الحاكم، فلابد أن يثبت عند الحاكم أنه تغيب، ويثبت أن تلك الدار هى دار المطلوب، وحينئذ ينظر فى ذلك.

مسألة من الوكالة: لا يسمع القاضى من أحد دعوى الوكالة حتى يثبت عنده ذلك بشاهدين عدلين أو بشاهد ويمين على قول مالك وابن القاسم، ولابد أن يشهد الشهود عند القاضى على معرفة عين الموكل، ويثبت عنده أيضا عين الوكيل إما بالشاهدين الأولين أو بغيرهما، وإذا حضر الوكيل والخصم وتقاررا على صحة الوكالة فلا يحكم بينهما بمجرد قولهما لأنه حق لغيرهما يتهمان على التواطؤ عليه، ولو صدق الخصم الوكيل فى الدعوى واعترف بالمدعى به لم يجبره الحاكم على دفعه على المشهور، حتى يثبت عنده صحة الوكالة.

مسألة من «باب الرد بالعيب»: ومن اشترى أمة وادعى أنها تبول فى الفراش لم تسمع دعواه حتى يثبت أنها كانت تبول عند البائع، والمسألة مبسوطة فى «باب القضاء بقول امرأة بانفرادها».

مسألة: القائم بالضرر فى العقار لا يحكم له إلا بعد ثبوت ملكه الذى يدفع عنه، وكذلك ينبغى فى كل ضرر، لأن ذلك حكم.

مسألة من «باب الرد بالعيب»: وفى «طرر التهذيب» لأبى إبراهيم الأعرج فى «كتاب العيوب»: إذا قام رجل بعيب فى سلعة والذى باعها غائب، ورفع ذلك إلى الحاكم، فإنه يكلفه إثبات سبعة أشياء: أنه ابتاع، وأنه نقد الثمن، وأنه كذا وكذا، وأمد التبايع، وإثبات العيب الذى يوجب الرد وهو كل ما ينقص الثمن، وأنه أقدم من أمد التبايع، وإثبات الغيبة بحيث لا يعلم أهى بعيدة أو قريبة، ثم يكلفه ثلاثة أيمان: أنه ابتاع بيعا صحيحا، وأنه لم يتبرأ منه، ولا أعلمه به، ولا بينه له، وأنه ما اطلع عليه بعد البيع ورضى به، وله أن يجمع عليه ذلك فى يمين واحدة.

مسألة من «باب الرهن»: قال ابن رشد فى آخر «كتاب السلطان» الذى جرى به العمل أن القاضى لا يحكم للمرتهن ببيع الرهن حتى يثبت عنده الرهن والدين وملك الراهن له، ويحلفه مع ذلك أنه ما وهب دينه ولا قبضه ولا أحال به ولا استحال به، وإنه لباقٍ عليه إلى حين قيامه.

مسألة من «باب الشفعة»: قال ابن راشد: إذا قام الشفيع يطلب الأخذ بالشفعة، ورفع ذلك إلى الحاكم حكم له بالأخذ من المستشفع منه بعد ثبوت ملكيتها وثبوت الشراء وثبوت غيبة المبتاع إن كان غائبا وترجئ الحجة له، وقوله بعد ثبوت ملكيتها، يعنى أن القائم بالشفعة يلزمه أن يثبت ملكيته للحصة التى يريد أن يستشفع بها، وتثبت ملكية البائع للحصة التى يريد أخذها بالشفعة، ويثبت المبتاع الشراء من شريك القائم بالشفعة.

مسألة من «الدعاوى»: إذا دعى رجل على آخر دينا من قبل أبيه الميت أو مورثه، فيلزمه أن يثبت موت مورثه وعدة ورثته ليعلم ما يستحقه مما يدعيه، ثم ينظر فى صحة ما يدعيه، وكذلك لو ادعى عليه أن عنده عروضا أو نحوها لمورثه وادعى أنها صارت إليه بالميراث، فيلزمه إثبات موت مورثه وعدة ورثته وانتقال الميراث إليه، ثم ينظر فى الدعوى فإن اعترف المدعى عليه بالخلطة وأنكر المدعى به توجهت عليه اليمين، وإلا فعلى المدعى إثبات الخلطة، فإذا ثبتت أو شهد بها شاهد واحد فينظر، فإن ادعى عليه العروض والثياب من بيع أو وديعة أو عارية فاليمين واجبة على المدعى عليه وإن ادعاها من طريق غصب أو عداء فإن كان المدعى عليه من أهل العداء والتهم لزمته اليمين، وإلا لم تجب عليه يمين.

مسألة من «باب الحجر»: إذا رفع إلى الحاكم مال يتيم وسألوه أن يبيعه لضرورته لم يجز له ذلك إلا بعد ثبوت ملكه وحيازته، والحاجة إلى البيع، وكونه أيسر ما يباع عليه، وإن كان الذى رفعه إلى القاضى وصيا فلابد من إثبات وصيته، وإثبات ما تقدم ذكره ثم يأمره بالبيع، ولابد حينئذ من ثبوت انتهاء الرغبات والسداد فى الثمن.

وفى «مفيد الحكام»: بيع الحاضن للأصول لا يصح؛ أى: لا يمضى حتى تشهد البينة العادلة للمبتاع بمعرفة سبعة شروط، فى تاريخ البيع وهى اليتم، والحضانة، والحاجة إلى بيع ما بيع عليه، وذلك بأن لا يكون له عروض ولا قرض غير أصوله،

ولا يمكن التحيل على إقامة معيشته من صناعة أو تصرف فى غير وجه المسألة للناس، والسداد فى الأمن، وأن البيع أحق ما بيع عليه، وأن يكون تافها لا بال له ثمن عشرين دينارا فدون ذلك، وذلك فى حق اليتيم الواحد، وأن الثمن صرف فى مصالح اليتيم وانتفع به فى حين البى، هذا معنى كلام أصبغ وبه العمل.

مسألة من «باب التفليس»: قال ابن رشد: إذا قام الغرماء على الديان فعلى القاضى أن يكلفهم إثبات ديونهم ثم يعذر إلى المفلس فيما ثبت عنده، وإلى كل واحد فى دين صاحبه، وقال بعضهم: لا يبيع القاضى مال المفلس حتى يثبت الغرماء عنده أن ما يطلبون بيعه مالك للمفلس؛ انظر «ابن عبد السلام».

مسألة من الوديعة: إذا أتى رجل إلى الحكم وقال له فلانا دفع إلى أو بعث إلى دنانير وذكر أنها لورقة فلان، وأن أدفعها بأمر الحاكم إليهم، فالحكم فى هذا أنه إذا ثبت عند الحاكم عدة الورثة، وأقر هذا أن الغائب أمره بدفعها إليهم، كتب له الحاكم أنك ذكرت أن فلانا أمرك بدفع ذلك إلى ورثة فلان بأمرى، وأنى أمرتك أن تدفعها إليهم بعد أن ثبت عندى أنهم ورثة فلان.

مسألة من «النكاح»: إذا قامت المرأة تدعى بشرط فى كتاب صداقها، فلابد أن تثبت كتاب الصداق حتى يثبت الشرط.

مسألة: فى المرأة تريد الفراق من زوجها بشرط المغيب عنها، وإذا شرط المغيب عنها، وإذا شرط الزوج لزوجته أنه إن غاب عنها أكثر من سنة فأمرها بيدها، فقامت عند الحاكم تريد الأخذ بشرطها، فإن القاضى يكلفها إثبات الزوجية والشرط الذى ادعته وغيبته عنها، ثم يحلفها فى الجامع لقد غاب عنها أزيد من كذا وما أذنت له فيما زاد على ذلك، ولا رجع إليها سرا ولا جهرا، وما أسقطت شرطها عنه، وما كان سكوتها تركا منها لشرطها، وما علمت بانقطاع عصمتها منه، فإذا ثبت ذلك كله عند الحاكم أباح لها الأخذ بشرطها.

مسألة: فى المرأة تريد الفراق من زوجها الغائب لعدم النفقة، وإذا قامت المرأة بذلك كلفها القاضى إثبات الزوجية والغيبة واتصالها، وأنهم ما علموه ترك لها نفقة ولا بعث إليها بشىء فوصلها، ولا أحالها بها فاستحالت، ولا أحالت عليه أحدا بها ولا بشىء منها فاستحالت ولا وكلت أحدا على قبضها منه، ولا طاع

أحد بالإنفاق عليها بسببه. ولا رضيت بالمقام معه دون نفقة، ولا له مال تعدى فيه بنفقتها، فـإذا ثبتت هذه الفصول عنده نظر فى الغيبة، فإن كـانت قريبة أعذر إليه وإن كانت بعيدة أو كان غير معلوم المكان أجلها القاضى بحسب ما يراه.

وذكر المتيطى خمسة وأربعين يوما، فـإذا انقضى الأجل استظهر عليها باليمين، ووجه لحضور يمينهـا عدلين، فتحلف أنه ما رجع إليها من غيبـته سرا وجهرا إلى حين يمينها هذه، ولا ترك لهـا نفقة قليلة ولا كثيرة، وتذكر مـا تقدم من الفصول المشهـود بها، ثم تقـول: وما علمت أن عصـمة النكاح انقطعت بينى وبـينه حتى الآن، فإذا ثبتت يمينها عنده طلقها عليه.

مسألة: فى امرأة المفـقود؛ وإذا قامت المرأة تريد الطلاق للغـيبة لما يلحقـها من الوحشة وعدم الإصابة وكـان مفقودا فإن القاضى يكلفها إثبـات الزوجية واتصالها إلى حين القيام وأن زوجها غاب عنها وانقطع خبره وإذا ثبت عنده ذلك بحث عنه وذلك مبسوط فى محله.

مسألة: فى مملوكة قامت فى مغيب سيدها بعدم النفقة، وذكرت أن سيدها غاب عنها وتركهـا بلا شىء تنفق منه على نفسهـا، وأنه لم يرسل إليها شيـئا، وسألت الحاكـم النظر فى أمرها، فكلفـها مـا يجب إثبـاته، وذلك أنها أثبـتت عنده ملك سيدها أياها ومـغيبه، وأنه لم يخلف عندها شيئـا لنفقتها، ولا أرسل شيـئا إليها، وأنها لا مال لها ولا مال تعدى فيه بنفـقتها، وأفتى ابن عتاب وابن القطان إذا ثبت ذلك فيأمر الحاكم ببيعها ويقبـض ثمنها للغائب يوقفه عنده، أو عند ثقة غيره حتى يقدم الغائب.

مسألة: فيها استدراك على المفتين فيما أفتوا به بعض القضاة مما كان يلزمهم بيانه مما يجب إثبـاته عند القاضى، وهى أن رجـلاً قام عند القاضى وأثبـت عنده موت زوجتـه فلانة وعدة ورثتهـا وهم زوجها القائم عند القـاضى، وأختها الحـاضرة، وأخوها الغـائب بالمشرق، وأثبت للميـتة شركا فى دار مـع أخيها الغـائب، وأنها أوصت بثلثها لأختـها وأعذر القاضى فى الوصية إلى الحـاضرين من ورثة الميتة بما وجب أن يعـذر به، فلم يكن عندهم مـدفع فى ذلك. وسـأل بعض الورثة قـسم الدار التى ثبت حظ الغـائب فيـها، وثبت عند القـاضى أن الذى يصيـر من الدار

لأقلهم نصيبًا منها ما لا ينتفع به للسكنى بشهادة فلان وفلان، وسأل هذا الرجل القائم من القاضى أن يأمر ببيع الدار إذ لا تحتمل القسم وإذ لابد من بيع نصيب الميتة منها لتنفيذ وصيتها، ولما دعا إليه زوج الميتة من بيع نصيبه منها، وسأل القائم أن يوكل القاضى للغائب من يبيع نصيبه عليه، فلما تكامل ذلك عند القاضى أحب معرفة الواجب فى ذلك، وكتب إليه المفتون الذى نقول به والله الموفق للصواب: أن على القاضى أن يوكل للغائب من يبيع عليه نصيبه من الدار مع من يشركه فيها من الحاضرين، ويقبض الوكيل نصيب الغائب له إلى أن يقدم وينفذ وصى المرأة وصيتها من ثلث مالها على ما يجب.

قال ذلك محمد بن لبابة، ومحمد بن الوليد، وتابعهما أيوب بن سليمان، وقال: ترجئ الحجة للغائب ، وتابعهم غيرهم من المشاورين.

استدراك: قال القاضى أبو الأصبغ بن سهل - رحمه الله: فى هذه المسألة وجوابها إغفال لم يذكر فيها ثبوت مغيب أخى الميتة، إنما ذكر فى الفتيا على وجه الحكاية غيبة الغائب بالمشرق وكان يجب أن يشهد بمغيبه واتصاله، وأنهم لا يعرفونه رجع من مغيبه إلى حين الشهادة، وأيضًا لم يبين فى الفتيا حظ الميتة كم هو من الدار، وإنما قال: وأثبت للميتة شركًا فى دار مع أخيها ولم يذكر نصيبها من نصيبه، ولا ملكها لذلك النصيب، ولا ملك أخيها لباقى الدار ولا حيازتهما، ولا يجب للقاضى أن يأمر بقسمها ولا بالبيع على الغائب حتى يثبت ذلك كله، واتصال الملك على ما يجب وأيضًا وقع فى السؤال أن الميتة أوصت بثلثها لأختها وهى وارثتها، ولم يذكروا أن الوصية لا تجوز وهو إجماع، إلا أن يجيزها الورثة وبعضهم هنا غائب، وقالوا: إن وصى الميتة ينفذ وصيتها، وهذا لا يكون مع غيبة الغائب، وأيضًا أنه وقع فى السؤال أنه أعذر والإعذار فى شىء ناقص لا يفيد شيئًا، وأيضًا أنهم قالوا فى جوابهم: إنه ينفذ الوصية وصيها ولم يذكروا من هو، ولا أنه قبل الإيصاء أو امتنع منه، وهذا كله مما كان يلزم ذكره وثبوته.

وخصص ابن وليد فى جوابه إرجاء الحجة للغائب فى وصية أخته، ومن حقه إرجاؤها له فى مبلغ نصيبه من الدار، وفى بيعه عليه إذ قد يباع ببخس من الثمن وفى الشهادة بأن الدراهم لا تنقسم، وفى هذا الاستدراك فوائد يتنبه بها على طريق الفتيا والحكم.

مسألة: فى القسمة: قام عند القاضى رجل فى طلب قسمة دار بينه وبين أخيه الغائب، فألزمه إثبات ملكيتهما للدار وأنها مشتركة بينهما نصفين، وأنها تحتمل القسمة وإثبات مغيب أخيه المذكور، ثم تحاز وحينئذ ينظر فإن كانت الغيبة قريبة والطريق آمنة مسلوكة فيلزم الإعذار إلى أخيه الغائب على ما أفتى به ابن عتاب، وخالفه ابن القطان وابن مالك فى الإعذار وأنه لا يحتاج إليه.

مسألة: فى الإقرار: قامت امرأة على رجل غائب بدين لها عليه وذكرت أن للغائب دينا على رجل حاضر قد حل عليه، وأحضرت العقد المكتوب على الغريم الحاضر فحضر غريم الغائب مجلس الحكم وأقر بالدين وبصحة العقد، وأن الدين باق عليه للغائب، وأثبتت عند الحاكم غيبة غريمها، فأفتى ابن عتاب وابن مالك أن إقرار غريم الغائب لا يكتفى به، وأن القاضى يلزم المرأة القائمة بإثبات العقد، فإذا ثبت أمرها بالحلف فى مقطع الحق بما يجب عليها أن تحلف به ويتقاضى يمينها من يقدمه القاضى لذلك، فإذا حلفت أمر غريم الغائب بإحضار ما عليه، ويدفع للمرأة حقها، وترجئ الحجة للغائب إذا لم يمكن الإعذار إليه.

مسألة: فى رجل قام يطلب نفقته فى مال ابنه الغائب: قام رجل عند القاضى وأثبت أنه فقير عديم لا مال له، وأن ابنه فلانًا غاب نحو كذا وكذا سنة، وأن له خمسة أثمان الدار التى بحاضر بلد كذا، وذكر صفتها وحدودها، وأنها مشتركة بينه وبين فلان الذى له باقيها وحيزت، وثبت عند القاضى حيازتها وأقر عنده الذى له باقيها بالاشتراك مع الغائب على التجزئة المذكورة، وثبت عنده ذلك من قوله، وإقراره، فسأل الأب من القاضى بيع نصيب ابنه منها والإنفاق منه عليه وعلى زوجته، فشاور القاضى أحمد بن بقى فى ذلك الفقهاء فأفتى ابن عتاب بأنه لا سبيل إلى بيع هذه الدار بسبب الأب الطالب للنفقة؛ إذ لا تجب النفقة فى شىء من ثمنها، وهذا مما لا اختلاف فيها بين أصحاب مالك، ولا غيرهم، ولا نفقة للأب إلا بعد ثبوت حياة الابن وملائه، إذ قد يكون ميتًا أو مديانا.

ولو باع الحاكم نصيب هذا الابن الغائب قبل صحة حياته وتيقنها، وأنفق على الأب من ذلك للزمه غرمه لأنه من الخطأ الذى لا يعذر فيه، ولا يباع حظ الغائب من الدار بوجه، وإن دعى شريكه فيها إلى ذلك ويقسم ويوقف نصيب الغائب، وإن كان حصل منها كراء فيعطى للأب يرتفق به ويكرى نصيبه فى المستقبل، ويعطى للأب على وجه السلف.

الفصل السادس

فى حكم الوكالة فى الدعوى

مسألة: وليس لرجل ولا لامرأة أن يوكل فى الخصام أكثر من وكيل كان له أو عليه، إذا كان فى نص التوكيل الإقرار والإنكار.

مسألة: إذا أسقط من التوكيل ذكر الإقرار عليه أو الإنكار عنه كان توكيلاً ناقصًا، ولزم الموكل إتمامه، على ذلك قال ابن سهل:

ورأيت فقهاء «طليطلة» يذهبون إلى أن من وكل على طلب حقوقه والمخاصمة عنه فيها وفيما طولب به، وعلى الإقرار عليه والإمكار عنه على ما عهد فى وثائق التوكيل، فأقر الوكيل أن موكله وهب داره لزيد أو قال لفلان على الذى وكلنى مائة دينار، أن ذلك لازم لموكله، وأنكر ذلك ابن عتاب، وقال: إنما يلزمه إقراره فيما كان من معنى المخاصمة التى وكل عليها، وأما أن يقر عليه بما يخرجه من أملاكه فلا يقبل منه، قال ابن سهل: وهو الصحيح عندى. وقال أصبغ: يقبل الحاكم الوكالة ولا يردها، وإن لم يجعل له فيها الإقرار، وإنما جعل له المدافعة، وهذا خلاف ما ذهب إليه ابن العطار من أنه لا يقبل ذلك حتى يجعل له مع ذلك الإقرار.

قال ابن رشد: وقد نزلت فقضى فيها بأن لا تقبل الوكالة إلا أن يحضر مع وكيله ليقر بما يوقفه عليه خصمه، أو يكون فى وقت الحكم قريبًا من مجلس القاضى.

مسألة: قال ابن سهل: أما توكيل الوصى على المخاصمة عن يتيمه، فليس له أن يجعل للوكيل الإقرار عليه، وقد شاهدت بعض الفقهاء ينكر عقد ذلك فى توكيل الوصى عن يتيمه. ورأيت بعض فقهاء «قرطبة» يخاطب قضاة غيرها بثبوت مثل هذه الوكالة خالية من ذكر الإقرار، وشافهت أبا مروان بن مالك فى ذلك فقال لى: هذا الذى رأيت يعمل منذ خمس وعشرين سنة، وهو الذى أفتى به أن إقرار الوصى لا يجوز على يتيمه. قلت له: قد ذكر ابن الهندى فى «وثائقه» مثل هذه الوكالة وذكر فيها الإقرار، قال كذلك هو، وهو خلاف قد تكلمت فى ذلك مع أبى عبد الله بن عتاب فقال لى: هو خطأ من ابن الهندى.

مسألة: من وكل ابتداءً إضراراً لخصمه لم يمكن من ذلك، وقال محمد بن لبابة: كل من ظهر منه عند القاضى لدد وتشغيب فى خصومة فلا ينبغى له أن يقبله فى وكالة، إذ لا يحل إدخال اللدد على المسلمين.

قال ابن سهل: والذى ذهب الناس إليه فى القديم والجديد قبول الوكلاء إلا من ظهر منه تشغيب ولدد، فلذلك يجب على القاضى إبعاده وأن لا يقبل له وكالة على أحد.

مسألة: قال ابن سهل: وسئل سحنون عمن وكل رجلاً على مخاصمة رجل فلم يقم الوكيل بذلك إلا بعد سنتين، وقد أنشب الخصومة قبل ذلك، ثم أتى بالبينة، أو لم ينشب الخصومة ولم يعرض فى شىء حتى مرت السنتان، ثم قام بعدهما يطلب بتلك الوكالة القديمة أله ذلك أم يجدد الوكالة؟ فقال سحنون: يبعث الحاكم إلى الوكيل ليسأله أهو على وكالته أو خلعه عنها؟ وإن كان غائبًا فالوكيل على وكالته.

قال ابن سهل: رأيت بعض شيوخنا يستكثر إمساكه عن الخصومة ستة أشهر أو نحوها، ويرى تجديد الوكالة إن أراد الخصومة.

قال ابن المنصاف: أما إذا خاصم واتصل خصامه وطال سنين فهو على وكالته الأولى.

مسألة: للموكل عزل الوكيل ما لم يناشب الخصومة، فإن كان الوكيل قد نازع خصمه وجالسه عند الحاكم ثلاث مرات فأكثر لم يكن له عزله إلا أن يظهر منه غش أو تدخيل فى خصومته وميل مع المخاصم له فله عزله، وكذلك لو وكله بأجر فظهر غشه كان عيبًا، وله أن يفسخ الوكالة؛ انظر «التبصرة» للخمى.

مسألة: وإذا تعلق بالوكالة حق للوكيل، مثل أن يكون بعوض فإنها تكون إجارة، فلا يمكن الموكل من عزل الوكيل أو تتصور للوكيل منفعة من غير جهة المعارضة، أو يكون فى ذلك حق لغيره، فلصاحب الحق أن يمنع الموكل من عزل الوكيل؛ من «المازرى».

وقال أصبغ فى «الواضحة»: إذا قاعده مقاعدة تثبت فيها الحجج لم يكن له عزله، ومثله فى «أحكام ابن زياد».

ووقع لأصبغ فى «الواضحة» ما يدل على أن له أن يعزله عن الخصام ما لم يشرف على تمام الحكم، فإذا علمت هذا فاعلم أن المكان الذى لا يكون للموكل أن يعزله عن الخصام لا يكون له هو أن يتنصل عن الخصام إذا قبل الوكالة.

مسألة: لا يمنع الخصمان من السفر ولا من أراده منهما، ويكون له أن يوكل عند ذلك.

قال ابن القطان: ويلزمه فى السفر اليمين أنه ما استعمل السفر ليوكل غيره، فإن نكل عن اليمين لم يبح له التوكيل إلا أن يشاء خصمه ذلك. وقال ابن الفخار: لا يمين عليه.

مسألة: ويكون له أيضًا أن يوكل إذا كان خصمه قد أخرجه وشاتمه فحلف أن لا يخاصمه بنفسه.

قال ابن الفخار: فإن حلف أن لا يخاصمه دون عذر يوجب اليمين، لم يكن له أن يوكل.

مسألة: وإذا ادعى الرجل على خصمه عند الحكم، فهل للمدعى عليه أن يوكل قبل أن يجيب عن تلك الدعوى بإقرار أو إنكار؟ فقيل: إنه لا يمكن من التوكيل حتى يجيب، فإن لم يجب حمله الحاكم على الجواب بالأدب.

قال ابن الهندى: وقول من قال: إن له أن يوكل قبل أن يجيب أصح، لأنه قد أجيز للحاضر أن يوكل.

قال ابن سهل: والصحيح عندى أنه لا يمكن من ذلك لأن اللدد فيه ظاهر، وقال ابن العطار: له أن يوكل قبل المجاوبة إذا كان الوكيل بالحضرة فيجاوب عنه، فإن لم يوكل فإنه يقال له بعد الأدب قل الآن ما كنت تأمر به وكيلك أن يقوله عنك، فإن أبى علم أنه ملدّ.

مسألة: قال ابن سهل وغيره: والذى جرى به العمل أن التوكيل جائز لمن شاء من طالب أو مطلوب، وكان سحنون لا يبيح للمطلوب أن يوكل إلا لعذر كمرض أو امرأة محجوبة أو رجل واقف فى باب الحاكم كالحاجب ونحوه، ويرى أن ذلك من باب الضرورة، وأما من سائر الجبابرة فلا؛ من «الطرر».

❊

مسألة: فى «وثائق ابن العطار»: ولا يصلح للرجل أن يوكل أباه ليطلب له حقه لأن ذلك استهانة للأب.

مسئلة: قال ابن زرب: إذا وقع التوكيل عند حاكم وصرح الموكل فى التوكيل باسم الحاكم لم يكن له التكلم عند حاكم غيره، وإن كان التوكيل مجملاً فله أن يخاصمه حيث شاء.

مسألة: وإذا مات الموكل لم يكن للوكيل أن يخاصم إلا أن يشرف على تمام الخصومة، فله أن يتممها، وليس للورثة حينئذ عزله عنها؛ من «الاستغناء» لابن عبد الغفور.

مسألة: إذا أقر الوكيل بعد الوكالة أن الموكل قبض المال لزم الموكل ذلك وسقط المال عن خصمه، لأنه بمنزلة إقراره نفسه كما يلزمه سائر إقراره كله، وذلك فيما كان بعد توكيله، فلما أن قال: إن ذلك كان قبل توكيله لم يقبل قوله، ولا تجوز شهادته لأنه إنما توكل فى باطل فانفسخت وكالته.

مسألة: وإذا وكله على الخصام فى قضية فخاصم عنه وانقضت تلك القضية وأراد الوكيل أن يخاصم عنه فى غيرها، فإن كان بقرب الخصام الأول كان له ذلك إذا كانت الوكالة مبهمة لم يذكر فيها أنه وكله على مخاصمة فلان، أو فى أمر كذا وكذا، إذا اتصل بعض ذلك ببعض، أو كان بينهما الأيام وإن تطاول ذلك سنين والموكل غائب لم يحتج إلى تجديد التوكيل إذا لم يقصره على مطلب سماه كما قدمناه فأما إذا قصره على مطلب معين وكان بين المطلبين الأشهر، فليس له أن يخاصم عنه إلا فيما وكله فيه، ويستحسن فى مثل هذا أن يجدد له التوكيل وحينئذ يتكلم عنه.

مسألة: قال ابن عبد البر فى «الكافى»: جرى العمل عندنا أنه إذا جعل الموكل إلى الوكيل الإقرار لزمه ما أقر به عند القاضى وزعم ابن خويز منداد أن تحصيل مذهب مالك أنه لا يلزمه إقراره، وهذا فى غير المفوض إليه، قال: وقد اتفق الفقهاء فيمن قال ما أقر به على فهو لازم أنه لا يلزمه.

مسألة: ومن عزل وكيله فأراد الوكيل أن يتوكل لخصمه فأبى الأول لما اطلع عليه من عوراته ووجوه خصوماته، فلا يقبل منه قوله ويتوكل له؛ من «الاستغناء».

مسألة: سئل ابن رشد عن الوكيل إذا قيدت عليه مقالة بإقراره على موكله الذى وكله، فلما طلب ذلك الإقرار استظهر موكـله بعزلة عزله إياها قبل الإقرار المذكور دون أن يعلم الوكيل شيئًا من ذلك، هل يسـقط الإقرار المذكور أم لا؟ فأجاب: ما تقيد على الوكيل لازم لموكله، إلا أن يكون عزله قبل مناشبة الخصام عزلاً أعلن به وأشهد عليـه ولم يكن منه تفريط فى تأخير إعـلامه، وأما بعد مناشبـة الخصام أو قبله سرًا فلا يجوز عزله.

مسألة: وليس فى التوكيل إعذار ولا آجال، وفى «أحكام ابن زياد»؛ فيمن طلب أن يعذر إليـه فى توكيل خـصمه، قـال: لم نر أحدًا من القـضاة ولا غـيرهم من السلاطين ضرب لأحد أجلاً فى توكيل، وإنما السـيرة عند القضاة أن يثبت التوكيل عندهم ثم يسمع مـن الطالب وينظر فيمـا جاء به، فأمـا إذا دعا إلى أن يؤجل فى المدفع أجله ثلاثة أيام أو نـحوها، وقـال ابن الهندى فى «وثائـقه»: والإعـذار إلى الموكل من تمام الوكالة، فإن لم يـعذر إليه جاز، قال ابن عتـاب: كان الإعذار من الشأن القـديم، ثم ترك. قال ابن بشيـر القاضى: وإنما ترك الإعـذار من تركه فى الوكالة لأنه لابد أن يعذر إليه عند إرادته الحكم له أو عليه فى آخر الأمر، فاستغنى عنه أولاً.

قال ابن سهل: وهذه نكتـه حسنة؛ اهـ، وإنما أوجبوا الإعذار إليه لأنـه مشهود عليه بالتوكيل، وإذا ثبتت الوكالة ثبت للوكـيل التصرف فى مال الموكل وغير ذلك من وجوه التصرف.

مسألة فى المطلوب يوافق
على صحة الوكالة قبل ثبوتها

وإذا قام رجل على رجل فى مهر امرأة أو دين رجل وادعى وكالة صاحب ذلك فأقر المطلوب بالدين أو المهـر، واعترف بصحة الوكـالة، فإنه يلزم دفع ذلك إليه، فإن قام صـاحب الحق على المطلوب بطلبه بذلك قضى له به لأنه إنما يقـضى عليه أولاً بإقراره والمصيبة منه.

فصل: الوكالة جـائزة بعوض أو بغـير عوض، فـإن كانت بعوض فـهى إجارة

تلزمهما بالعقد، ولا يكون لواحد منهما التخلى وتكون بعوض مسمى وإلى أجل مضروب وفى عمل معروف، وإن كانت بغير عوض فهى معروف من الوكيل تلزمه إذا قبل، وللموكل عزله متى شاء إلا أن تكون الوكالة فى الخصام، فحكم عزله مذكور قبل.

هذا ويجوز للوكيل فى غير الخصام أن يعزل نفسه متى شاء من غير اعتبار رضا موكله، إلا أن يتعلق به حق لأحد، ويكون فى عزل نفسه إبطال لذلك الحق، فلا يكون له ذلك لأنه قد تبرع بمنافعه.

مسألة: واختلف فى الجعل على الخصومة، على أنه إن فلج فله كذا وإلا فلا شىء له على قولين، ومن أجازه شبهه بمجاعلة الطبيب على البرء، وفى «التهذيب»: وكره مالك الجعل على الخصومة على أنه لا يؤخذ إلا بإدراك الحق، قال ابن القاسم: فإن عمل على ذلك فله أجر مثله، وروى عن مالك أنه جائز، وإنما كره مالك - رحمه الله - ذلك لأنها على الشر والمجادلة، ولأنها قد تطول ولا يتنجز منهما غرض الجاعل فيذهب عمله مجانًا، والرواية بإجازة ذلك لما بالناس من الضرورة إلى ذلك.

وفى «الطرر»، قال الشعبانى: لا خير فى الوكالة على الخصومة إذا كانت بالأجرة حتى تنقطع، لأنها قد تطول وتقصر، قال: ولو توكل على أن يحضر معه مجلس السلطان فى كل يوم كذا يناظر عنه كان جائزًا، وإن لم يعلم قدر مقامه من الساعات، قال غيره: لأن ذلك خفيف القدر متقارب الأمر، قال: ولو حضر معه اليوم فلم يجلس من يخاصم إليه فانتظره إلى آخر مجلسه وجب له حقه، وإن انصرف فى أول ما حضر بطل ذلك ولم يكن عليه حضور يوم آخر، لأن اليوم الذى كان أجره فيه قد ذهب.

مسألة: ولا تجوز الوكالة من المتهم بدعوى الباطل ولا المجادلة عنه، قال ابن العربى فى «أحكام القرآن»: فى قوله تعالى: ﴿**وَلَا تَكُن لِّلْخَائِنِينَ خَصِيمًا**﴾ [النساء: ١٠٥] أن النيابة عن المبطل المتهم فى الخصومة لا تجوز، بدليل قوله تعالى لرسوله عليه السلام: ﴿**وَاسْتَغْفِرِ اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ غَفُورًا رَّحِيمًا**﴾ [النساء: ١٠٦].

مسألة: ليس للوكيل المخصوص أن يوكل وكيلاً عوضًا عنه للنيابة عن موكله، إلا أن يكون الوكيل المذكور لا يلى مثل ما وكل إليه بنفسه، وعلم الموكل بذلك، وأما الوكيل المفوض إليه فله أن يوكل عن موكله، وإن لم يجعل ذلك إليه، وقال ابن رشد فى «كتاب البضائع والوكالات» مثل ذلك فى المخصوص.

مسألة: إذا وقعت الدعوى على حبس أو مسجد أو محجة وجب على الحاكم أن يقيم وكيلاً يدفع عنه، فإن وجب عليه حق قضى به وإلا فلا.

مسألة: قال ابن يونس فى آخر «كتاب العيوب»: الوكلاء على ثلاثة أضرب: وكيل مفوض إليه، ووصىّ، فعلى هذين العهدة واليمين، ووكيل غير مفوض إليه، فعليه العهدة إلا إن أخبر أنها لغيره، فإن أخبر بذلك فلا عهدة عليه ولا يمين، ونخاسون وسماسرة فهؤلاء لا عهدة عليهم ولا يمين.

قال أبو الحسن اللخمى: إذا استحق ما باع السمسار أو وجد به عيبًا فلا عهدة عليه والتباعة على المبيع له إن عرف وإن لم يعرف كانت مصيبة ذلك من المشترى، والوكيل على شىء بعينه عليه التباعة إن لم يبين أنه وكيل، فإن بين فلا شىء عليه؛ من «الطرر» لابن عات.

***

القسم الرابع

فى حكم الجواب عن الدعوى

وإذا وقعت الدعوى الصحيحة بشروطها المتقدمة، واستفرغ القاضى كلام المدعى وفهمه حتى لم يبق عنده فيه إشكال ولا احتمال، أمر المدعى عليه بالجواب، وهو أحد ثلاثة أشياء إما إقرار أو إنكار أو امتناع.

الأول الإقرار: فإذا أقر فإن القاضى ينبغى أن يقول للطالب قد أقر لك فإن شئت قيد إقراره بالشهادة، فإذا قيدها ورفع الشهود شهادتهم فى المجلس إلى القاضى، فقال ابن العطار: يقضى بشهادتهم دون إعذار وبه العمل، وقال ابن الفخار وغيره: لابد من الإعذار وسيأتى بيان ذلك فى الإعذار، فإذا حكم له القاضى بها وطلب الطالب إنصافه من الغريم فعل إن كان له قوة التنفيذ فى إقامة الحق على المدعى عليه، وإلا أشهد للطالب بما حكم له به على المطلوب. وصفة تقييد الإقرار والمقالات: أقر بمجلس القاضى فلان بن فلان لمنازعة فلان بأن له قبله ما ادعاه عليه وذلك كذا، وجب له من وجه كذا حالة أو مؤجلة، شهد بذلك عليه فلان وفلان، ويقول فى صفة تقييد المقال: قال فلان بن فلان فى مجلس القاضى لمنازعة فلان حين قرره على كذا أنه قبله من وجه كذا، أو على أن الملك الذى بيده ماله وملكه ما أعرف ما يقول إنما هو ملكى تصير إلى بالإرث أو بالابتياع، أو بما يذكره.

قال ابن سهل: واختار بعض شيوخى أن يكتب كاتب القاضى قال فى مجلس نظر القاضى فلان بن فلان قاضى الجماعة بموضع كذا فلان بن فلان إذ وقفه فلان ابن فلان على كذا، وكذا فأنكر ما ادعاه، وذلك فى تاريخ كذا، ثم يضع الشهود شهادتهم، ويعلم القاضى على أسمائهم.

قال أبو القاسم الجزيرى: وإن شئت قلت قرر فلان منازعة فلان على المال الذى بيده من أين صار إليه، وبأى وجه ملكه، فأجابه فلان بكذا، شهد عليهما بذلك كله من سمعه وتحققه بالمجلس المذكور، وعرفهما بحال صحة وجواز أمر، ولا يكاد ينضبط هذا المعنى لاختلاف وجوهه وكثرته.

قال ابن هشام فى «مفيد الحكام»: قال ابن أبى زمنين: وشأن القضاة فى القديم الطبع على المقالات والشهادات وأن يؤرخوها ويشهدوا العدول عليها، ويرفعوها عند أنفسهم أو من يثقون به.

وفى «الوثائق المجموعة»: ومن فوائد تقييد الإقرار والمقال أنه قد يمكن أن يقر المدعى عليه بدعوى المدعى، فيستغنى عن الإثبات.

قال أبو القاسم الجزيرى: ولا يسمع الحاكم من بينة المدعى حتى تثبت المقالة عنده.

قال ابن سهل: وهذه المقالات المنعقدة عند القاضى هى التى تفتتح بها الخصومات وتسمى محاضر لما لزمها من هذا الاسم عند العلماء المقدمين، وهو مأخوذ من حضور الخصمين بين يدى القاضى.

واختلف فى اللفظ الذى تفتتح به من تلك الفصول، فإن كان الكاتب لها هو القاضى، قال: حضرنى فلان بن فلان لأن تلك الصحيفة عنده، فكأنه مخاطب لنفسه ومذكر لها بما كان بين يديه، وهذا إذا كان القاضى يعرفهما، وإلا كتب حضرنى رجل ذكر أنه فلان بن فلان الفلانى، ورجل ذكر أنه فلان بن فلان، وإن كان يعرف أحدهما نبه على الآخر، وإن عرفه به أحد قال: وعرفنى به فلان ثم يكتب القاضى اسمه فى الآخر، وبعضهم يكتب، قال القاضى: فلان بن فلان ببلد كذا حضرنى فلان، وأما إن كتب عنه كاتبه فصفته كما تقدم.

مسألة: فإن ادعى المطلوب القضاء بعد أن أقر، وأنكر الطالب فللمطلوب تحليفه، وإن ادعى بينة حاضرة أجل فى إحضارها بقية يومه إلى الغد ويؤجله فى الغائبة بقدر ما يراه بعد رهن أو حميل، فإن لم يأت بواحد منهما وطلب الطالب سجنه مكن منه، ولو أتى بالبينة بعد قوله لا بينة لى وقد كان استحلف خصمه لم تسمع بينته إن كان عالمًا بها على الرواية المشهورة.

مسألة: ولو كان خاصمه على الوكيل فقال: موكلك أبرأنى، فقال ابن كنانة: يحلف الوكيل ما علم ببراءته ويأخذ الحق، إلا أن يكون موكله قريبًا فيكتب إليه، فيحلف. وقال ابن القاسم: لا يحلف الوكيل وينتظر صاحب الحق، وسيأتى بيان ذلك فى «باب القضاء ببينة الموكل ويمين الوكيل».

مسألة: وإن ادعى الغريم القضاء، وكان قد تقدم منه إنكار للحق وثبت الحق عليه بالبينة فلا تسمع دعواه، ولو أتى بالبينة لأنه أكذبها، قاله ابن القاسم، وبه العمل. وقال أشهب: تسمع منه وله تحليف الطالب، وروى ذلك عن مالك، وروى عن عمر - رضى الله تعالى عنه - فى هذا أنه قال: بينة عادلة خير من يمين فاجرة.

مسألة: وإن لم يتقدم منه إنكار بل أقر وأجاب إلى الدفع، لكن سأل النظرة أنظره القاضى بقدر ما يراه، وقيل ذلك إلى الطالب، ولو ادعى العدم أو ليس عنده غير الأصول مكن من إثبات ذلك وأجله فيه بقدر ما يراه، فإذا ثبت ذلك أعذر فيه للقائم، فإن لم يكن له مدفع حلفه وسرحه، ويأخذ منه حميلاً بالمال إذا أثبت أنه ليس عنده الأصول وأجله فى بيعها نحواً من شهرين، ثم يأمره بالبيع والإنصاف، فإن أبى ضيق عليه بالسجن والضرب حتى يبيع.

فصل: فإن كانت الدعوى فى العقار، فقال ابن رشد: الذى مضى عليه العمل فيما أدركنا وأفتى به شيوخنا فيما علمنا، أن من ادعى عقاراً بيد غيره زعم أنه صار إليه عمن ورثه عنه، أن المطلوب لا يسئل عن شىء حتى يثبت الطالب موت مورثه الذى ادعى أنه ورث ذلك العقار عنه، فإذا ثبت ذلك وقف المطلوب حينئذ على الإقرار والإنكار خاصة، ولم يسئل من أين صار إليه، فإن أنكر وقال المال مالى والملك ملكى ودعواك فيه باطلة أثبته منه بذلك ولم يلزمه أكثر من ذلك، وكلف الطالب إثبات الملك الذى زعم أنه ورثه وإثبات موته ووراثته له، فإن أثبتت ذلك على ما يجب من صحة شروط سئل المطلوب حينئذ من أين صار إليه وكلف الجواب عن ذلك، فإن ادعى أنه صار إليه من غير موروث الطالب الذى ثبت له الملك لم يلتفت إليه، ولا ينفعه إثباته إن أثبته، وإن ادعى أنه صار إليه من قبل موروث الطالب بوجه يذكره كلف إثبات ذلك، فإن أثبته وعجز الطالب عن الدفع فى ذلك بطلت دعواه، وإن عجز عن إثبات ذلك قضى عليه الطالب هذا مذهب ابن القاسم وروايته عن مالك فى «المدونة» ولا اختلاف فى ذلك أحفظه.

وما ذكره ابن العطار بأن الفتوى مضت بأن المطلوب يلزمه الجواب ابتداء قبل إثبات المدعى الملك لمورثه، هل صار إليه بسببه أو بسبب مورثه الذى أثبت موته

ووراثته إياه بعيد لا يصح، والله أعلم، وما ذكره عن مالك عما وقع فى «شهادات المدونة» وغيرها من أنه لا يوقف المطلوب على شىء حتى يثبت الطالب دعواه ليس بصحيح، إذ لا خلاف فى أنه لابد أن يوقف قبل أن يثبت دعواه على الإقرار والإنكار.

مسألة: إذا ادعى رجل على عبد ما يوجب قصاصا فيلزمه الجواب فإن كان ما يوجب الأرش فيطلب الجواب من السيد، وإن كان ما يوجب المال فيطلب الجواب من العبد، فإن أقر وكان مأذونًا فهو كالحر، وإن لم يكن مأذونًا وقف إقراره على سيده فيرده أو يلزمه إياه من المذهب.

مسألة: ومن سير الحكام أن يجبروا الخصم على الجواب فيما وقفه خصمه عليه فى جميع الوثائق القليلة المعانى والفصول حاشا وثائق الاسترعاء، فإنه لا يجبر على الجواب فى ذلك، يعنى فى ذلك المجلس، ذكره أبو الوليد الباجى فى الأحكام له؛ من «مفيد الحكام».

الثانى: من أقسام الجواب: الإنكار

ويشترط فى الإنكار أن يكون صريحًا فلا يقبل منه أن يقول: ما أظن له عندى شيئًا، وفى «وثائق ابن العطار»: وإذا وقف الطالب المطلوب على حق له قبله لم يكن للمطلوب أن يقول لخصمه لا حق لك قبلى، وإنما يلزمه أن يقر بأصل المبايعة أو السلف أو المعاملة أو ينكر، ومعنى ذلك مبنى على ما تقدم من أنه يجب على الحاكم أن يسأل الطالب من أى وجه يدعى عليه الحق الذى يذكره، فإن قال من سلف أو بيع أو قرض أو ضمان، ألزم المطلوب أن يجيبه بإنكار ذلك الوجه الذى ذكره أو يقر به ولا يكفى منه أن يقول للطالب لا حق لك قبلى.

وفى «المذهب» لابن راشد: واختلف إذا قال: لا حق له عندى، فقال ابن القاسم: لا يقنع منه بذلك، وقال مطرف وابن الماجشون: يقنع منه بذلك، وذلك مبسوط فى الباب التاسع عشر.

مسألة: إذا صرح بالإنكار فإن القاضى يقول للقائم ألك بينة؟ فإن أتى بها وقبلها، أعذر فيها للمطلوب، فإن سلمها ولم يطعن فيها، أو ادعى فيها مدفعا

وعجز عن إثباته أمره بالإنصاف، وإن لم يكن بينة أحلفه له إذا ثبتت الخلطة، حسبما يأتى ذكره فى بيان أحكام الخلطة.

مسألة: لو ادعى رجل بدعوى على رجل، فسأله القاضى عن السبب فذكره، فقال المطلوب: أنا أحلف أنه لا شىء له عندى من هذا السبب، فقال أشهب: لا يجزئه بحال حتى يقول: ولا أعلم له شيئًا بوجه من الوجوه، ونحوه فى «كتاب ابن سحنون»، قال الباجى: والظاهر أنه يجزئه يمينه أنه لا شىء له عنده من جهة مطلبه، لأن الطالب لم يطلبه بغير ذلك.

مسألة: لو قال: لى عليك عشرة، فقال: لا تلزمنى العشرة لم يكلف اليمين مطلقًا، بل يحلف أنه ليس له عليه عشرة ولا شىء منها.

مسألة: إذا ادعى سلفًا أو بيعًا لم يجزه من الجواب أن يقول: لا حق لك عندى حتى يقول: لم تسلفنى ما تدعيه، أو لم تبع منى شيئًا مما ذكرت رواه ابن سحنون عن أبيه، قال: وهو مقتضى قول مالك، قال: وكان يقول ربما قبل منه ماله على حق، وإلى القول الأول رجع مالك أخيرًا، وفى «باب القضاء بالنكول عن اليمين على طبق الدعوى» شىء من هذه المسائل.

فصل: وإن امتنع من الجواب واستمهل للنظر فى حساب وشبهه أمهل اليومين والثلاثة.

الثالث من أقسام الجواب

الامتناع من الإقرار والإنكار

وقد اختلف إذا أبى أن يقرّ أو ينكر، فرأى سحنون أنه لا يترك حتى يقر أو ينكر، ويجبر على ذلك بالسجن أولا، فإن تمادى فبالضرب، وقيل: إذا أبى عن الجواب لم يجبر على ذلك وعد كالنكول فيقضى للطالب منه مع يمينه.

مسألة: وفى «الجواهر»: فإن قال: لا أقر ولا أنكر، لكن يقيم البينة على دعواه، أو قال للحاكم: لا أحاكمه إليك، أجبره على أن يقر أو ينكر، فإن أبى حبسه حتى يقر أو ينكر. رواه أشهب، وفى «المتيطية»: أنه يجبره على ذلك بالأدب، قال: وبه العمل، وقال أصبغ: يقول له القاضى إما أن تحاكم وإما

أحلفت هذا المدعى وحكمت له عليك، هذا إذا كانت الدعوى تستحق باليمين مع النكول، لأن نكوله عن الكلام نكول عن اليمين، وإن كانت الدعوى فيما لا يثبت إلا بالبينة دعا خصمه بها وحكم عليه إن تمادى على ترك الكلام، وقال محمد: أحكم عليه بغير يمين من المدعى.

قال أبو الحسن اللخمي: المدعى بالخيار بين ثلاث إما أن يأخذ المدعى به بغير يمين على أنه متى عاد إلى الإنكار كان ذلك له، وإما أن يحلف الآن ويحكم له به ملكًا بعد أن يعلم المدعى عليه أنه إن لم يقر أو ينكر حكم عليه كما يحكم على الناكل ولا ينقض له الحكم بعد أن يأتى ببينة لم يكن علم بها، وإما أن يسجن له حتى يقر أو ينكر، لأنه يقول: هو يعرف حقى فإذا سجن أجاب واستغنيت عن اليمين.

مسألة: وإن قال: لا أقر ولا أنكر، لأنى لا أعرف حقيقة ما يدعى قيل له: احلف أنك إنما تتوقف عن الإقرار والإنكار من أجل أنك على غير يقين من الأمر، فإن حلف قيل للطالب: أثبت حقك، وإن نكل المطلوب عن اليمين فاختلف، فقيل: يجبر على الإقرار أو الإنكار، وقيل: إنه يقضى للطالب مع يمنيه، وقيل: يقضى له بغير يمين، وإلى هذا ذهب محمد بن المواز.

وفى «الطرر» لابن عات، قال المشاور: لا يوقف المدعى عليه على الجواب إلا بعد إثبات المدعى من موت من يقوم عنه وعدة ورثته وتناسخ الوارثات فإن لم يثبت ذلك لم تكن له يمين على المطلوب، لأنه حجة له فى أن يقول إن أباك أو جدك أو من تقوم عنه حى وسيقوم ويقر أنه لا حق له عندى، أو يطلبنى إن كان له عندى حق فيلزمنى به، قال: وكذلك إن قام الورثة بديون له أو ودائع أو غير ذلك.

قلت: فإن قالوا: إنك أنت عالم بموته وعدة ورثته قال: وإن أقر بذلك لم يقبل قوله، لما فى ذلك من إلزام الحقوق، وتوريث زوجته وتزويجها، وإنفاذ وصاياه وغير ذلك ولا يمين عليه فى شىء من ذلك، وإنما هو شاهد بذلك لا مقر، وله أن يقول أيضًا مع ذلك: قد يقدم صاحبكم فيأخذونى بحقه مرة أخرى، وقد قال أحمد بن ميسر: من أقر بقتل رجل لم يؤخذ به لما فى ذلك من التوريث وتزويج زوجته وإنفاذ وصاياه وغير ذلك.

مسألة: ادعى رجل قبل رجل حقوقًا وكشفه عن بعضها وسأله الجواب عما كشفه عنه، فقال له المطلوب: اجمع مطالبك كلها حتى أجيبك لم يكن له ذلك، وله أن يطلب من حقوقه ما شاء ويترك ما شاء، وإن كان إنما قال له لك فى هذه القرية شىء غير الابتياع الذى قمت به على، فقال له خصمه: جاوبنى عن الابتياع أو لا، فليس له ذلك حتى يقول له: ليس لى دعوى غير الابتياع، وحينئذ يلزم المطلوب بالإقرار أو الإنكار.

قال المتيطى: وهذا خلاف ما حكاه ابن أبى زمنين فى التفرقة بين المواريث وغيرها، لأن المواريث لا يحاط بها فيلزم المدعى عليه الجواب على ما ادعى عليه منها، بخلاف غير المواريث لا يلزم المدعى عليه الجواب حتى يجمع المدعى دعاويه كلها.

مسألة: قال محمد: من ادعى بستين دينارًا فأقر خصمه بخمسين وأبى فى العشرة أن يقر أو ينكر، فإنه يجبر بالحبس حتى يقر أو ينكر إذا طلب ذلك المدعى، فإن أصر على الامتناع والتمادى عليه بغير يمين، قال محمد: لأن كل مدعى عليه لا يدفع الدعوى فإنه يحكم عليه بغير يمين، قال: وكذلك المدعى عليه يدور فى يده لا يقر ولا ينكر، فإذا أجبر على ذلك فتمادى حكم عليه للمدعى بلا يمين.

مسألة: لو قال المطلوب: تقدمت بينى وبين الطالب مخالطة، فمن أى وجه يدعى هذا؟ لزم القاضى أن يسأل عن ذلك الطالب، فإن بين وجه طلبه وقف على ذلك المطلوب وألزم أن يقر أو ينكر، وإن أبى الطالب أن يبين سبب دعواه وادعى نسيانه قبل ذلك منه بغير يمين وألزم المطلوب أن يقر أو ينكر.

وقال القاضى أبو الوليد الباجى: القياس عندى أن لا يوقف المطلوب حتى يحلف الطالب أنه لا يذكر ما يدعيه، إذ لعله بذكر السبب يجد مخرجًا، وإن امتنع من ذكر السبب من غير أن يدعى نسيانًا لم يسأل المطلوب عن شىء.

مسألة: إذا طالبت المرأة زوجها أن يقر بصداقها ففى «أحكام ابن سهل» قال أبو صالح: لابد للمسئول أن يقر أو ينكر ويلزم بذلك.

وأما إباحة النكاح فإن قولنا فى ذلك إن كـان الزوجان غريبين وتقررا على ذلك قبل قولهـما، وإن كان من أهل البلد لم يقض القـاضى بقولهما أنهـما زوجان إلا عن ثبات أصل النكاح، وهذا يؤيد ما أوردته على كلام ابن شاس فى قبول دعوى الزوجية، وقد تقدم فى الفروع التى تتعلق بأحكام الدعوى.

مسألة: وإذا امتنع المطلوب من الإقرار والإنكار وقـال: آتيه بوكيل يجاوبه عنى، ففى ذلك ثلاثة أقوال: الإلزام بأن يقر أو ينكر، ويقال له: الآن ما تريد أن تأمر به وكـيلك، قال أبو الأصـبغ بن سـهل وهو الصـحيح عـندى، وقال ابن المهـدى: يمكن. والثالث: التفـرقة، فإن كانت الدعوى قريبـة المعنى أمر بالجواب، ثم وكل فإن أبى حمل عليه الأدب، وإلا فله ذلك وبه العمل.

فصل: لو ادعى على رجل بملك فكان إنكاره بإقراره به لغيره، كقوله: ليس لى فيه شىء، وإنما هو وقف على الفقراء، أو على ولدى، أو هو لطفل سماه، فيقال للمدعى: أثبت أنه لك، فإن هذا لا ينازعك فيـه إلا أن يثبت المدعى عليه ما ذكره من ذلك، فتقف المخاصمة عـلى حضور من ثبت له عليه الولاية، ولو قال: ليس هو لى أو هو لمن لا أسمّـيه لم يمنع المدعى ذلك من تمـام المحاكمـة، ولو قال هو لفلان وفلان حـاضر فى البلد فحضر وادعى به فللمـدعى أن يحلف المقر له، فإن نكل حلف المدعى وأخذه، وإن حلف المقر له فللمـدعى أن يحلف المقر لأنه أتلفه عليه بإقراره، فإن نكل حلف المدعى وأخذ من المقر به.

أما لو أضافـه إلى ملك غائب فإن أثبت ذلك ببينة انصرفت الخـصومة عنه إلى الغائب، وإن لم يثبت ذلك لم يصدق وحلف المقـر له فإن نكل أخذه المدعى بغير يمين، فـإن جاء المقـر له فصدق المقـر أخذه لأن من هو بيده يـتهم أن يكون أراد صرف الخصومة عن نفسه.

***

القسم الخامس

فى بيان العمل فى الإعذار والتأجيل والتلوم والتعجيز وتوقيف المدعى فيه

وفيه خمسة فصول:

الفصل الأول

فى الإعذار وإرجاء الحجة للغائب

والأصل فى الإعذار قوله تعالى فى قصة الهدهد: ﴿لأُعَذِّبَنَّهُ عَذَابًا شَدِيدًا أَوْ لأَذْبَحَنَّهُ أَوْ لَيَأْتِيَنِّي بِسُلْطَانٍ مُّبِينٍ﴾ [النمل: ٢١]، وقوله تعالى: ﴿وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّىٰ نَبْعَثَ رَسُولاً﴾ [الإسراء: ١٥]، وقوله تعالى: ﴿وَلَوْ أَنَّا أَهْلَكْنَاهُم بِعَذَابٍ مِّن قَبْلِهِ لَقَالُوا رَبَّنَا لَوْلا أَرْسَلْتَ إِلَيْنَا رَسُولاً﴾ [طه: ١٣٤]، وقوله تعالى: ﴿لِئَلاَّ يَكُونَ لِلنَّاسِ عَلَى اللَّهِ حُجَّةٌ بَعْدَ الرُّسُلِ﴾ [النساء: ١٦٥]، ومثل هذا كثير.

قال ابن سهل: والإعذار المبالغة فى العذر، ومنه قد أعذر من أنذر؛ أى: قد بالغ فى الإعذار من تقدم إليك فأنذرك، ومنه إعذار القاضى إلى من ثبت عليه حق يؤخذ منه فيعذر إليه فيمن شهد عليه بذلك.

مسألة: وفى «معين الحكام»: وينبغى للقاضى أن لا يحكم على أحد حتى يعذر إليه برجل أو رجلين، وإذا أعذر بواحد أجزأه.

مسألة: قال ابن الحاجب: ويحكم بعد أن يسأله أبقيت لك حجة؟ فيقول: لا، فإن قال: نعم أنظره ما لم يتبين لدده، والمحكوم عليه أعم من المدعى والمدعى عليه، والمتبادر للذهن هو المدعى عليه، لأنه قد تقوى حجة المدعى عليه فيتوجه الحكم على المدعى بالإبراء أو بغيره من وجوه الحكم.

ووقعت هذه المسألة فى «المدونة» بضمير التثنية، فإنه قال فيها: قال مالك: وجه الحكم فى القضاء إذا أدلى الخصمان بحجتهما وفهم القاضى عنهما، وأراد أن

يحكم بينهما، أن يقول لهما أبقيت لكما حجة فإن قالا لا حكم بينهما ثم لا يقبل منه حجة بعد إنفاذه، يعنى إنفاذ القضاء، وإن قال: نعم بقيت إلى حجة أنظره القاضى، ولم يزل على حجته عند ذلك القاضى، وعند غيره مع بقاء ولايته وبعدها، وينظر له فى ذلك القاضى ومن ولى بعده، وهذا ما لم يظهر لدده فحينئذ يعجزه والكلام على التعجيز يأتى بعد هذا -إن شاء الله.

مسألة: إذا حصلت التزكية للشهود فلابد من الإعذار فى المزكى والمزكى، ثم هل يعذر إليه قبل أن يسأله ذلك أو بعد أن يسأله؟ فى المذهب أربعة أقوال، قال ابن نافع: يقول له دونك فاجرح وإلا حكمت عليك، وقال مالك فى رواية أشهب: لا يقول ذلك وذلك وهن للشاهد، وقال أشهب: يقول له ذلك إن كان الشاهد بالتزكية، ولا يقول له فى المبرزين، وقال ابن القاسم: يقوله لمن لا يدرى ذلك كالمرأة والضعيف.

ثم حيث قلنا بالإعذار فما الذى يسمع منه؟ قال ابن شاس: يسمع فى متوسط العدالة القدح فيها، وأما المبرز المعروف بالصلاح فيسمع فيه القدح بالعدواة والقرابة والهجرة، وقال سحنون: يمكن من التجريح ولم يفرق.

وإذا قلنا بسماع الجرح فى العدالة، وقال ابن الماجشون: يجرح الشاهد من هو مثله وفوقه، ولا يجرحه من هو دونه، إلا بالعداوة، والهجرة، أما بالقدح فى العدالة فلا، وقال مطرف: يجرحه من هو مثله وفوقه ودونه بالإسفاه وبالعداوة إذا كان عدلا عارفًا بوجوه الجرح، واختاره اللخمى، وقال ابن عبد الحكم: لا يقبل التجريح فى المبزر إلا أن يكون المجرحون معروفين بالعدالة وأعدل منه، ويذكرون ما جرحوه به مما يثبت بالكشف، وقال ابن القطان: لا يجرح الشاهد من دونه بالعداوة وأجازه ابن العطار.

مسألة: ويعذر فى تعديل العلانية دون تعديل السر، فلا يعذر القاضى فى المعدلين سرًا؛ انظره فى «معين الحكام».

فصل: وفى «مفيد الحكام»: وقد اختلف فى وقت الإعذار إلى المحكوم عليه، فقيل: يعذر إليه وحينئذ يحكم عليه وبه العمل كما تقدم، وقيل: يحكم عليه وبعد ذلك يعذر إليه.

مسألة: وليس فى التوكيل إعذار ولا أجل، وقد تقدم ما ذكره ابن الهندى فى ذلك فى حكم الوكالة.

تنبيه: والإعذار لا يكون إلا بعد استيفاء الشروط وتمام النظر، والإعذار فى شىء ناقص لا يفيد شيئًا؛ قاله ابن سهل فى مسألة من قام عند القاضى وأثبت عنده موت زوجته وعدة ورثتها وهم زوجها القائم عند القاضى وأختها الحاضرة وأخوها الغائب بالمشرق، وهى مذكورة فى الفصول التى يتوقف سماع الدعوى بها على إثبات أمور.

مسألة: إذا قال القاضى للمحكوم عليه كنت خاصمت عندى وأعذرت إليك فلم تأت بحجة، وحكمت عليك وأنكر المحكوم عليه الخصام عند القاضى، فالحكم فيها مذكور فى آخر الركن الثانى فى الوجوه التى يقوم بها الخصم وتقدح فى الحكم.

فصل: إذا انعقد فى مجلس القاضى مقال بإقرار أو إنكار وشهدت به شهود المجلس عند القاضى أنفذ ذلك المقالة على قائلها ولم يعذر إليه فى شهادة شهودها لكونها بين يديه وعلمه بها وقطعه بحقيقتها، وهذا هو الإجماع من المقدمين والمتأخرين؛ قاله أبو إبراهيم اسحاق بن إبراهيم التجيبى، وقاله ابن العطار، وبه جرى الحكم والعمل عند الحكام، وقال أبو عبد الله بن الفخار: لابد من الإعذار، وعلل ذلك بأن الحاكم لا يحكم بعلمه ولا بما يقر به بين يديه، وقد ينكشف عند الإعذار إلى المشهود عليه أن الشاهدين غير عدلين أو بينهما وبين المشهود عليه عداوة أو غير ذلك من الوجوه، قال القاضى أبو الأصبغ بن سهل: وهذا هو القياس المطرد الصحيح، لكن الاستحسان ما ذكره أبو إبراهيم وابن العطار، ويعضده قول مطرف وابن الماجشون وأصبغ فى «كتاب ابن حبيب»: أن القاضى يقضى على من أقره عنده فى مجلس نظره بما سمع منه وإن لم يحضر بينة؛ وقاله ابن الماجشون وبه أخذ سحنون، وقال ابن القاسم وأشهب: لا يقضى القاضى بعلمه ولا بما أقر به عنده فى مجلس قضائه أو فى غيره لا فى حد ولا فى غيره.

تقسيم آخر: الإعذار فى المقالات التى تجرى عند الحكام؛ ذكره ابن هشام فى «مفيد الحكام» قال: والإعذار فى المقالات التى تجرى عند الحكام على ثلاثة أوجه.

الأول: أن يوقف خصمه على ما يطلبه فيجاوبه بجواب محض كامل، فيأمر الحاكم بعقده وبقراءته على المقر له، ثم يشهد على تلك المقالة العدول، فإذا شهدوا فيها أدوا شهادتهم بها عنده فى ذلك المجلس نفسه، فإن أنكر المقر بها بعد ذلك وطلب أن يعذر إليه فى ذلك لم يجبه الحاكم إلى ذلك لمعرفته بصحة ما شهدوا به عنده؛ قاله ابن زرب، ومثله لابن بطال فى أحكامه.

الوجه الثانى: أن يجاوب أحد الخصمين صاحبه بجواب كامل محض فتنعقد مقالته ويكتب الشهود على ذلك أسماءهم، ثم يشهدون بذلك عند الحاكم بعد أيام من تاريخ تلك المقالة، فللمقر بتلك المقالة إذا أنكرها أن يعذر إليه فيما ثبت عنده.

الوجه الثالث: أن يشهد شهود أنهم سمعوا فلانا يقر بكذا وكذا عند الحاكم دون أن يعقدوا مقالته، فليأمر الحاكم بعقد تلك المقالة ويكتبوا شهادتهم على ما سمعوا ويشهدوا بها عنده، فإذا ثبت أعذر فى ذلك للمشهود عليه؛ انتهى.

مسألة: قال ابن سهل: ورأيت فى غير «كتاب ابن العطار» أن شهود المجلس إذا كتبوا شهادتهم على مقال مقر أو منكر فى مجلس القاضى ولم يشهدوا بها عند القاضى فى ذلك المجلس ثم أدوا الشهادة بعد ذلك عنده إذا احتيج إليها فإنه يعذر فى شهادتهم إلى المشهود عليه، بخلافهم إذا أدوها فى المجلس نفسه الذى كان فيه المقال، وكذلك لو حفظوها وإن لم يكتبوها ثم أدوها بعد ذلك إذا طلبوا بها وكانوا عدولا، فإنه لا يعذر فيها إلى من شهدوا عليه بها.

مسألة: قال أبو إبراهيم: ولا يعذر القاضى فيمن أعذر به إلى مشهود عليه من امرأة أو مريض لا يخرجان.

مسألة: ولا يعذر فى الشاهدين اللذين يوجههما لحضور حيازة الشهود لما شهدوا فيه من دار أو عقار. وقال ابن سهل: وسألت ابن عتاب عن ذلك فقال: لا إعذار، وأما الموجهان للحيازة فيعذر فيهما، وقد اختلف فى ذلك.

مسألة: وكذلك الشاهدان الموجهان لحضور اليمين لا يحتاج إلى تسميتهما لأنه لا إعذار فيهما فى المشهور من القول، لأن الحاكم أقامهما مقام نفسه، وقيل: لابد من الإعذار فيهما.

مسألة: وكذلك الشهود الذين يحضرون تطليق المرأة نفسها وأخذها بشروطها فى الطلاق فى مسائل الشروط فى النكاح لا يحتاج إلى تسميتهم لأنه لا إعذار فيهم.

تتميم لبيان الوجوه التى يسقط فيها الإعذار

وكل من قامت عليه بينة بحق عن معاملة أو نحوها، أو دعوى بفساد أو غصب أو تعـد فلا بد من الإعـذار إليه قـبل الحكم عليـه، إلا أن يكون من أهل الفسـاد الظاهر أو الزنادقة المشهورين بما ينسب إليهم فلا يعذر إليهم فيما شهد به عليهم.

وقد وقـع فى آخر الجـزء الثانى من «أحكام ابن سـهل» فى مسـألة أبى الخـير الزنديق لما شهد عليه بما يتعاطاه مـن القول المصرح بالكفر والانسلاخ من الإيمان، وقامت البينة عليه بذلك وكانوا ثمانية عـشر شاهدًا، وكان القاضى يومئذ منذر بن سعيد قاضى الجماعة فأشار بعض العلماء بأنن يعذر إليه فيما شهد به عليه، وأشار قاضى الجماعة وإسحاق بن إبراهيم التجيبى وصاحب الصلاة أحمد بن مطرف بأنه يقتل بغير إعذار لأنه ملحد كافر، وقـد وجب قتله بدون ما ثبت عليه، فقتل بغير إعذار، فقيل لأبى إبراهيم فى ذلك وسألوه أن يشرح لهم أصل الفتيا فى قتله بغير إعذار، فذكر أن من أصله الذى اعتمـد عليه فى ذلك على قاعدة مذهب مالك -رحمه الله- فى قطع الإعذار عمن استفاضت عليه الشهادات فى الظلم.

وعلى مذهبه فى السلابة والمغيرين وأشباههم إذا شهد عليهم المسلوبون والمنتهبون بأن تقبل شهادتهم عليهم إذا كانوا من أهل القـبول وفى قبولها عليهم سف دمائهم، وفى الرجل يتعلق بالرجل وجرحه يدمى فيصدق عليه، وفى التى تتعلق بالرجل فى المكان الخالى وقد فضحت نفسها بإصابته لها فتصدق بفضيحة نفسها.

وفى الذى وجده مـالك -رحمـه الله- عند أحكام الحكام وهو يضـرب بدعوى صبى قد تعلق به وهو يدمى فضربه الحاكم فـيما ادعاه عليه من إصابته له فلم يزل يضرب ومالك جالس عنده حتى ضرب ثلثمائة سوط وهو ساكت لا ينكر ذلك مع ما تقـدم له من الضرب قـبل وصول مالك -رحـمه الله- وقد بلغنـى أنه انتهى به الضرب إلى ستمائة سوط، وفى أهل حصن من العدو يأتون مسلمين رجالا ونساء حوامل وغير حوامل فيصدقـون فى أنسابهم ويتوارثون إذا كانوا جماعة لهم عدد،

قال ابن القاسم: والعشرون عندى جماعة فأين الإعذار فى هؤلاء كلهم، وإذا كان ما يرى فى أهل الظلم للناس والسلابين والمحاربين ونحوهم أن يقع عنهم الإعذار فالظالم لله تعالى ولكتابه ولرسوله ﷺ أحق بأن يقطع عنه الإعذار فيما ثبت عليه، وإنى متقرب إلى الله تعالى بإسقاط التوسعة عليه فى طلب المخارج له بالإعذار.

وقد ثبت عنه ﷺ فى «الموطأ»، أنه قال: «**إنما أنا بشر مثلكم وإنكم تختصمون إلى فلعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض فأقضى له على نحو ما أسمع**»، وهذا الحديث هو أم القضايا ولا إعذار فيه، وكذلك كتاب عمر بن الخطاب إلى أبى عبيدة بن الجراح وإلى أبى موسى الأشعرى -رضى الله عنهم- وهما أيضا ملاذ الحكام فى الأحكام، ولا إعذار فيهما ولا إقالة من حجة ولا من كلمة، غير أن الإعذار فيما يتحاكم الناس فيه من غير أسباب الديانات استحسان من أئمتنا وأنا على اتباعهم فيه والأخذ به على بصيرة مستحكمة فيما أوجبوا الإعذار فيه من الحقوق، والتزام التسليم لما استحسنوه، إذ هم القدوة والهداة.

فأما فى إقامة الحدود فى الإلحاد والزندقة وتكذيب القرآن والرسول عليه الصلاة والسلام، فلم أسمع به، ولم أره لأحد ممن وصل إلينا علمه.

ومما لا إعذار فيه شهادات من يحضر مجلس الحاكم ويشهد عنده بما وقع فيه من الإقرار والإنكار، ومنها شهادات من يعذر لهم الحاكم إلى من تحجبه الأحوال المانعة من مشاهدتهم للشهود فى مجلس الحكم، فهؤلاء لا إعذار فيهم.

ومنها: شهادات من يوجههم الحاكم إلى امتحان مالا غنى بهم عن امتحانه ممن يثقون به كالعبد فيه العيب، فيبعث به الحاكم إلى من يثق به من أهل البصر والنظر يشهدون عنده به فليس فيهم إعذار لأنهم لم يسألوا الشهادة، وإنما القاضى استخبرهم فأخبروه، والإعذار إنما هو على الظنون والتهمة للشهود، وكذلك الإعذار فى الموجهين إلى حيازة ما شهد به عندهم مما لابد أن يجوز إلى تنفيذ ما لا يمكنهم إنفاذه فى مجالسهم لأسباب يطول ذكرها فلا إعذار فى شىء من هذه الشهادات، وربما اكتفى فى كثير منها بشاهد واحد، فهل هذا كلها إلا شهادات، وهل بينها وبين غيرها فرق فى شىء؟

ومنها: استفاضة الشهادات المشهود بها عند الحكام فى الأسباب القديمة والحديثة، وفى الموت القديم والحديث، وفى النكاحات القديمة والحديثة، وفى الولاء القديم، وفى الأحباس القديمة وفى الضرر يكون بين الزوجين، وفى أشياء غير هذا يطول ذكرها، ولهذه الشهادات باب مستوعب يأتى إن شاء الله تعالى.

تنبيه: قوله: والضرر معناه أنه يسقط الإعذار فى الشهادة بالضرر وكذلك يسقط الإعذار فى حكم الحكمين، قال ابن رشد: لأنهما يحكمان فى ذلك بما خلص إليهما بعد النظر والكشف وليس حكمها بالشهادة القاطعة، قال أبو إبراهيم: فإلى هذه الأمور نزعت فى ترك الإعذار إلى هذا الملحد، قال ابن سهل: لقد أحسن أبو إبراهيم -رحمه الله- فى هذا التبيين والنصح للمسلمين، وإن كان فى فصول من كلامه اعتراض على الأصول وفى بعضها اختلاف.

والحق البين: أن من تظاهرت الشهادات عليه فى إلحاد أو غيره هذا التظاهر وكثرت البينة العادلة عليه هذه الكثرة فالإعذار إليه معدوم الفائدة لأنه لا يستطيع تجريح جميعهم، ولا يمكنه الإتيان بما يسقط به شهادتهم ومن قال بالإعذار قال: أصله المتفق عليه عند العلماء والحكام فى لزوم الإعذار فى الأموال، ومن اجتهد أصاب، والله الموفق للصواب.

***

الفصل الثانى

فى ذكر وجوه التأجيل والتلوم

وقد تقدم معنى الإعذار وأنه قد يكون إلى المدعى عليه، وقد يكون إلى المدعى، فإذا أعذر القاضى إلى من توجه الإعذار إليه من طالب أو مطلوب وسأله أبقيت لك حجة؟ فإن قال: نعم وسأله التأجيل ضرب له أجلا بحسب تلك الواقعة بما يؤديه إليه اجتهاده فى بلوغ المؤجل مقصوده مع انتفاء ضرر خصمه، فإن كان التأجيل فى حق المطلوب وأتى بمدفع فيما شهد عليه أو ادعى عليه فسأل الطالب التأجيل أيضا، وزعم أن له مدفعا فيما أتى به المطلوب ضرب له أجلا أيضا وتلوم عليه يحق الحق ويتبين عجز أحدهما فينفذ الحكم حينئذ، ويحكم بالتعجيز على من توجه عليه.

وسيأتى بيان حكم التعجيز وضرب الأجل مصروف إلى اجتهاد الحكام بحسب حسن النظر فى أمر الخصمين وليس فيه حد محدود لا يتجاوز، إنما هو الاجتهاد، ونذكر طرفا مما جرى به العمل بين الحكام والآجال مختلفة، فإن كان الأجل فيما يطول النظر فيه والإثبات كدعوى الرباع والأصول والوراثات أجل خمس عشر يوما، ثم ثمانية أيام ثم أربعة أيام، ثم يتلوم عليه بثلاثة أيام تتمة ثلاثين يوما؛ قاله ابن العطار وغيره، ويوقفه الحاكم عند تمام كل أجل من هذه الآجال ثم يوسع له بالأجل الثانى إلى تمام الشهر.

قال المتيطى: وكان الحكام يجمعونها فى حكم ويفرقونها فى آخر بحسب ما يؤديهم إليه اجتهادهم، وذكر ابن الهندى وجها آخر وهو ثمانية أيام ثم يوقفه، ثم ستة ثم يوقفه أيضا، ثم أربعة أيضًا كذلك، ثم يتلوم عليه ثمانية أيام، وإن ضرب الأجل الأول عشرين يوما تلوم عليه عشرة أيام.

قال أبو سهل: وكان أبو المطرف عبدالرحمن بن أحمد بن بشير قاضى الجماعة بقرطبة يضرب الآجال عشرة أيام ثم عشرة أيام ثم عشرة أيام، وكان آخر القضاة علما ودراية وتفننًا فى الأقضية.

قال المتيطى: وله أن يضرب له أجلا قاطعًا من ثلاثين يومًا فيدخل فيه الأجل والتلوم، ويخبر الحاكم الخصم أنه جمع له فى ذلك الآجال والتلوم حتى يعرف مايترتب عليه، وفى «وثائق ابن القاسم الجزيرى»: إذا كان التأجيل فى الأصول فالشهران والثلاثة لا سيما إذا ادعى مغيب البينة وأنهم تفرقوا، وكذا قال بعض الشيوخ، هذا مع حضور بينته فى البلد، وأما إن كانت غائبة عن البلد فأكثر من ذلك على ما يراه الحاكم، وقال محمد فيمن قامت عليه بينة في دار فى يديه فلما سئل عن حجة قوية، فإنه يؤجل الشهرين والثلاثة، وروى أشهب مثل ذلك، وزاد فإن طلب بعد ذلك أجلا آخر، وقال: تفرق شهودى وغابوا، فإن ظهر الصدق من قوله ولم يتبين لدده ضرب له أجل آخر وإلا لم يضرب له أجل، ورواه عن مالك؛ انظره فى «مختصر الواضحة».

وإن كان التأجيل فى إثبات الديون فثلاثة أيام ونحوها؛ قاله ابن القاسم الجزيرى، وإن كان الأجل فى الإعذار فى البينات وحل العقود فثلاثين يومًا، وللقاضى جمعها وبتفريقها جرى العمل؛ قاله الجزيرى، وإن كان الأجل فى إثبات شىء ما يدعى فيه ما عدا الأصول أجل المثبت دعواه ثمانية أيام، ثم ستة أيام، ثم أربعة، ثم ثلاثة أيام تلوما لتمام أحد وعشرين يومًا.

وإن كان الأجل فى الذى يدعى الشىء على الرجل ويقيم شاهدا أو لطخا ويدعى شاهدا آخر فإنما يضرب له أجلا الجمعة ونحوها؛ حكاه سحنون فى «المدونة» ذكره ابن حبيب فى «مختصر الواضحة».

وإن كان الأجل فى دعوى الحرية ففى «مختصر الواضحة» قال فضل بن سلمة روى ابن القاسم: أن العبد إذا أقام شاهدا واحدا على الحرية وادعى شاهدا آخر أنه يؤجل الشهرين والثلاثة، لا سيما إذا ادعى مغيب الشاهد الآخر، وإن كان الأجل لمن ادعى دابة أو أمة يخاف أن يغيب عليها المدعى فإنها توقف اليوم واليومين، فإن أتى بشىء يوجب التوقيف وإلا أطلقت عليها يد صاحبها المدعى عليه؛ قاله ابن زرب، فإن أقام على العبد أو الدابة شاهدا، وطلب المدعى أن يدفع إليه المدعى فيه ليذهب به إلى موضع بينته، فذلك له بعد أن يضع قيمته، ومنع من ذلك

سحنون، فإن لم يرد أن يضع قيمته. وقال: يوقف حتى آتى ببينتى، فإن كان مما يقرب وقف له ما بين الخمسة الأيام إلى الجمعة قال سحنون، وقيل: الشهر ونحوه، وسيأتى ذكر هذه المسألة فى توقيف المدعى عليه بأبسط من هذا.

وإن كان الأجل فى توقيف المدعى فيه التأجيل فى كل شىء بحسبه، وهى مذكورة فى مجلها.

وإن كان الأجل قد ضرب للمديان فى بيع الأصول فيؤجل نحو الشهرين؛ قاله ابن زرب وغيره، والمسألة مبسوطة فى القسم الثالث.

وإن كان الأجل في الإعسار بالصداق فعلى مذهب مالك يؤجل الشهر والشهرين وهو خلاف قول ابن القاسم، وفى «المتيطية»؛ قال ابن القاسم: وليس الناس فى التلوم سواء منهم من يرجى له ومنهم من لايرجى له، قال فى «المدونة»: ولا أحد فى ذلك حدًا، قال بعض الفقهاء: وظاهر قول ابن القاسم هذا أن من لا يرجى له شىء لا يتلوم له، وأنه يطلق عليه لوقته، قال فضل بن سلمة: وهذا مذهب ابن القاسم، وهذا قبل الوطء.

قال ابن الحاجب: وللمرأة منع نفسها من الدخول ومن الوطء بعده ومن السفر معه حتى تقبض ما وجب من صداقها، فإن لم يجد تلوم له بأجل بعد أجل ثم يفرق بينهما بطلقة، فإن وطئها لم يبق لها إلا المطالبة يريد أنه صار دينًا من جملة ديونها، ولا تطلق المرأة على الزوج بمطله دينها أو بإعساره به، وقال مالك: فى «كتاب محمد»: يؤخر السنتين ولا يعجل عليه، وقال فى «مختصر ابن عبد الحكم»: يضرب له أجل سنة وسنتين ثم يفرق بينهما، وإن كان يجرى النفقة وهذا فى حق من يرجى له اليسار كالتاجر ينتظر إنفاق السلع والأسواق أو ينتظر مالا من بلده ونحو ذلك، قال ابن حبيب: إن اتهم أنه أخفى ماله لم يوسع له فى الأجل، وفى المسألة أقوال وتفصيل ينظر فى محله.

مسألة: إذا طالب أبو الابنة صهره بالنقد من الصداق وبالبناء بأهله، فزعم أنه معسر لا يستطيع أداءه وسأل التأجيل فيه والإنظار به، فإن القاضى يكلف الزوج اثبات عدمه، وبعد أن يثبت عنده الزوجية المذكورة فإذا ثبت عدمه حلفه على

تحقيق ما شهد له به من العدم ثم يؤجله بعد ذلك، والأجل المضروب له فى إثبات العدم أحد وعشرون يومًا، قال بعض الموثقين: وإنما حددنا التأجيل فى هذا بأحد وعشرين يومًا لاتفاق القضاة بقرطبة وغيرها واستحسانهم فى كثير من الأحكام لها، وليس ذلك بلازم، وهو موكول إلى اجتهاد الحاكم، وإذا سأل الغريم الحاكم أن يؤخره بالدين اليوم ونحوه ويعطى حميلا بالمال أخره، قال ابن رشد: والقضاة اليوم يؤخرونه ثلاث أيام، وذلك راجع إلى اجتهاد الحاكم بحسب ما يظهر من حال الغريم من لدد وغيره، ووقع فى فتيا بعض الشيوخ فيمن سأل التأخير حتى يجمع المال أنه قال: ليس على القاضى تأخير، وإنما عليه الحكم والإعذار، فإن أبى الطالب أن يؤخر فالحبس، وأنكر ذلك ابن سهل، وقال: هذا خلاف نصوص مالك وأصحابه، والمسألة مبسوطة بما فيها من الخلاف فى أحكام حبس الغريم فى القسم الثالث من الكتاب.

والأجل المضروب فى إقامة البينة القريبة ما بين خمسة أيام إلى الجمعة، ويؤجل المطلوب إذا قال: أمهلنى لأنظر فى حسابى وأحقق ما أجيب به من إقرار أو إنكار اليومين والثلاثة بحميل بوجهه، وقال ابن عبد الحكم: يمهله الحاكم بقدر ما يراه من غير تحديد لزمان المهلة، فقد يطول الأمر فى ذلك وقد يقصر ويؤجل المستمهل فى الإقدام على اليمين اليوم واليومين، والأجل فى الدار التى يريد القاضى اعتقالها وإيقافها فيسأله من هى بيده أن يمهله حتى يخرج منها متاعه فإنه يمهل ثلاثة أيام والأجل لمن طلب الإمهال لينظر هل يأخذ الحصة المستشفع فيها ثلاثة أيام، وقيل: لا يؤجل، وكذا تأجيله لتحصيل الثمن، وأجل من يتلوم عليه الحاكم لأجل الإنفاق فأبى أن ينفق أو يطلق، روى: شهر بشرط ألا يضر بالمرأة، وروى: ثلاثة أيام. وقال ابن الماجشون: شهران بالشرط المتقدم، وفيها من الخلاف غير هذا.

والصحيح أن الأجل يختلف باختلاف الرجاء له، وأما الأجل فى حق الزنادقة إذا ادعوا مدفعا فيما شهد به عليهم فمذهب المحققين من الشيوخ أن المشهود عليه إن كان ممن استفاضت عنه الأمور الموجبة للقيام عليه وكثرت الشهادات عليه، فإنه لا يعذر إليه ولا يضرب له أجل فى دفع من شهد عليه وإن كان على خلاف ذلك فإنه يؤجل شهرا لدفع البينات، فإن طلب أجلا آخر وظهر منه الصدق وطمع له بما

يدفع عنه ما شهد به عليه أجلا دون الأول أو مثله على حسب اجتهاد الحاكم، وما يظهر له من حاله وإن لم يظهر صدق قوله وظهر أن طلبه الآجال للدد أو مماطلة لم يوسع عليه، وانظر «أحكام ابن سهل» فى أول كتابه فى ذكر الآجال، وفى آخره مسألة أبى الخير الزنديق.

تنبيه: وما ذكره القاضى عياض فى «المدارك» من تأجيل هرون بن حبيب فيما شهد به عليه ونظرائه لم يكن تأجيلهم الشهرين وأكثر لما وقع فى الشهود وإنما كان عقوبة ولكمال النظر فى تحقيق ما يجب عليهم فيما صدر منهم فاعلم ذلك.

والأجل فى حق المفقود فى المعترك بين المسلمين روى عن مالك أنها تعتد بعد التلوم بالاجتهاد، وروى بعد سنة، وروى سنة فيها العدة.

فصل: وبعض الآجال لا يدخلها اجتهاد الحاكم كأجل المعترض وهو مدة سنة من يوم رفعه إن كان حرًا، وإن كان عبدًا ففيه روايتان، قيل: مثله، وقيل: نصف سنة، وأجل المجنون جنونا حادثا يعزل عن زوجته سنة، فإن صح وإلا فرق بينهما، وأجل المفقود خبره إذا رفعت زوجته أمرها إلى الحاكم فيؤجل الحر أربع سنين والعبد سنتين منذ يعجز عن خبره بعد البحث، وأجل المولى تمام أربعة أشهر من يوم الحلف على ما هو مذكور فى محله بشروطه المذكورة، ويلحق بالمولى من امتنع من الوطء لغير عذر ولا علة على ما هو مذكور فى ذلك، والأجل الذى يوقف فيه ميراث الحمل على الخلاف فى مدة الحمل، والأجل الذى يوقف فيه قسم المال للتعمير، والأجل الذى يوقف فيه عقل سن الصبى الذى لم يثغر على ما هو مذكور فى محله، والأجل فى تأخير قصاص ما سوى النفس حتى يبرأ والأجل فى تأخير العقل فى الخطأ حتى يبرأ، والأجل فى تأخير القصاص فى الحر والبرد المفرطين وما أشبه ذلك من تأخير القصاص لمرض الجاني، وتأخير المرضع إلى أن يوجد من يرضع على ما هو مذكور فى ذلك، وأجل المرتد ثلاثة أيام على الخلاف فيه فهذه الآجال متبعة على ما قرره أهل المذهب، وفيما ذكرته إشارة إلى ما لم أذكره وتنبيه عليه.

مسألة: وإذا أدخل القاضى أحد الخصمين تحت أجل، أو أدخلهما معًا على ما تقدم بيانه ثم عزل أو مات قبل انصرام الآجال، ولم يستأنف الذى ولى بعده ضرب أجل آخر، ولينفذ الحكم من اليوم الذى انتهى إليه العزل أو الموت، وكذلك

الحكم فى الخصمين إذا مات أحدهما قبل انقضاء الأجل الذى ضرب له، فإنه يكمل فى حق الآخر أو فى حق ورثته؛ من «مفيد الحكام».

فصل: قال ابن مالك القرطبى: ولا يعد اليوم الذى يكتب فيه الأجل ولا يحتسب به، كما لا يحتسب باليوم الذى يكتب فيه العهدة، وفى العهد خلاف. انظره فى «باب الاسترعاء».

تنبيه: وإذا تم الأجل الأول لم يكتب الأجل الثانى فى اليوم الثانى بعده، ولا يحتسب به، وكذلك يفعل فى الآجال كلها.

تنبيه: ويقول فى التاريخ فى الآجال كلها، لكذا وكذا خلون، ولا يقول خلت لأنه لم تخل الليلة التى تؤرخ بها إلا بانقضاء اليوم الذى أنت فيه، وإنما هو فعل مستقبل؛ «من المتيطية».

مسألة: والقاضى مصدق فى التأجيل لا يحتاج أن يشهد عليه شهودا يريد فى جميع وجوه التأجيل؛ قاله فى «الطرر» لابن عات فى «الجزء الثالث».

فصل: والطريقة فى كتابة الأجل إن كتب الحاكم ذلك بيده فإنه يكتب: أجلنا أو أجلت فلان بن فلان فى المدفع الذى ادعاه فى الشاهدين اللذين شهدا عليه بما ذكر فى العقد الذى فى أعلى هذا الكتاب، بعد أن أعلمناه أو أعلمته بهما وبقبولى لهما، وبثبوت ذلك عندى بشهادتهما ثمانية أيام، أولها يوم كذا لكذا وكذا خلون من شهر كذا، من سنة كذا، فإذا انقضت كتب، وأجلا ثانيا من ستة أيام أولها كذا كما تقدم، فإذا انقضت كتب وأجلا ثالثًا من أربعة أيام أولها كذا من شهر كذا، فإذا انقضت كتب وتلومنا عليه بعد انصرام الآجال المضروبة له التى فوق هذا ثلاثة أيام أولها كذا كما تقدم، وربما كتب فى الأجل الثالث وأجلا ثالثا دخل فيه التلوم من سبعة أيام أولها كذا.

وإن كتب عن القاضى كاتبه كتب أجل القاضى فلان بن فلان قاضى حاضرة كذا فلان بن فلان فيما ذهب إليه من أجل ما ثبت عنده عليه لفلان بن فلان فى العقد الواقع فى بطن هذا الكتاب كتب القاضى بخط هذا صحيح أو هذا الأجل صحيح أو الآجال صحيحة.

الفصل الثالث

فى التعجيز

وإذا انقضت الآجال والتلوم واستوفيت الشروط ولم يأت الشخص المؤجل بشىء يوجب له نظرا، عجزه القاضى وأنفذ القضاء عليه، وسجل وقطع بذلك تبعته عن خصمه فى ذلك المطلوب، ثم لا يسمع منه بعد ذلك حجة إن وقع عليها، ولا يقبل منه بينة إن أتى بها كان هذا المعجز طالبًا أو مطلوبًا.

تنبيه: فإن كان الحاكم قد قضى على القائم بإسقاط دعواه حين لم يجد بينة من غير صدور تعجيز ثم وجد بينة فله القيام بها ويجب القضاء له.

مسألة: وإذا حكم القاضى على الغريم لعجزه ثم أتى ببينة بعد ذلك وزعم أنه لم يعلم بها حلف وقضى له بها، وقيل: لا يقضى له بها وبه العمل.

وفى «معين الحكام»: وإذا أتى المعجز ببينة فهل تقبل منه أو لا؟ فى ذلك ثلاثة أقوال:

أحدهما: أنها لا تقبل منه كان المعجز طالبًا أو مطلوبًا وهو قول ابن القاسم فى رسم النكاح من «سماع أصبغ» فى تعجيز الطالب، قال بعض الموثقين: وإذا قاله فى الطالب فأحرى أن يقول فى المطلوب.

والقول الثانى: أنها تقبل منه كان المعجز طالبًا أو مطلوبًا إذا كان لذلك وجه وهو ظاهر ما فى «المدونة»؛ إذ لم يفرق فيها بين تعجيز الطالب أو المطلوب.

والقول الثالث: أن ذلك يقبل من الطالب دون المطلوب، وهو ظاهر قول ابن القاسم فى «سماع أصبغ» من كتاب الصدقات والهبات.

تنبيه: قال فى معين الحكام قالوا: هذا الاختلاف إنما هو فيما إذا هو فيما إذا عجزه القاضى بإقراره على نفسه بالعجز، أما إذا عجزه بعد التلوم والإعذار وهو يدعى أن له حجة فلا يقبل منه ما أتى به بعد ذلك من الحجج.

مسألة: واختلف هل الاختلاف الذى ذكرناه فى التعجيز يختص بالقاضى الذى وقع العجز عنده، أو يكون ذلك له ولمن بعده من الحكام على قولين.

مسألة: إذا أجاب القائم بعد انصرام الآجال بأن له بـينة يرتجيها نظر، فإن كانت قريبة أجله بعـد ذلك وإن كانت بعيدة وتبين لدده قضى عليـه وأرجأ الحجة له وله القيام بهـا متى جاءت عند هذا القاضى أو عند غـيره، ولمن ولى بعده نقض ذلك الحكم بسبب ذلك، إذا أتى بما ينفعه.

فصل: ولا يجوز للقاضـى أن يعجز فى ثلاثة أشياء: العـتق والنسب؛ قاله ابن القاسم وأشهب ومطرف وابن وهب، واختـاره ابن حبيب، وسيـأتى ما ألحق بها، وحكى عن ابن الماجشـون أنه يقول فى الثلاثة الأشيـاء المذكورة كذلك، وأمـا غير ذلك من الدعاوى فيـختلف أما كل ما كلف المدعى إثبات دعواه وتعـديل شهوده، سواء كان المدعى فـيه مالاً أو دارًا أو عبدًا أو مـا أشبه ذلك، ولم يكلف الذى هو فى يديه بينة أو عـملا من الأعمـال يدخل على الحاكم شبـهة فى أمـرهما فعـجز المدعى عن إثبات دعـواه أو تعديل شهـوده، فإن السلطان يدفعـه عن المدعى عليه فقط ولا يجـوز للحاكم أن يكتـب للمدعى عليـه كتابا بقطـع دعوى المدعى، ولا يسجل عليه ولا يحدث له فى ذلك حكمًا ولا إشهادًا ويتركه وتحقيق مطلبه، فمتى جاء الطالب بما هو أحق مما جاء به أولاً نظر له فى ذلك الحاكم ومن كان بعده.

وأما لو كان الـطالب قد أتى بشىء أوجب على المطلوب عملا، مـثل أن يثبت أن تلك الدار كانت لأبيه أو لجده، وهى اليـوم فى يد المدعى عليه فيكلف الذى هى فى يديه البينة كيف صـارت إليه، فإن زعم أن ذلك حق من حقه بـحيازته الزمن الطويل وهذا حاضـر وأتى على ذلك ببينة فـتبـقى بيد المطلوب، ويقـال للمدعى لم تركـته يحوزها عليك هذا الزمن، فإن قال بكراء أو إسكان كلف البينة فإن عجز عنها أو قام بينة لم تعـدل وضربت الآجال له فلم يـأت بشىء، عجزه السلطـان عن أخذ ذلك، وكان حقًا عـلى القاضى ها هنا أن يكتب للمدعى عليه كتـابًا، ويسجل له بحكمه، ويقطع حجـة المدعى عنه، ثم إن أتى ببينة أحق من الأولى أو أعـدل لم ينظر له فى ذلك لا ذلك الحاكم، ولا من بعـده، قال ابن حبـيب: وقوله هذا دقـيق حسن ومن أخذ به لم يخطىء، وقد أعلـمت به أصبغ فاستحـسنه، وروى القول الآخر عن ابن القاسم وأشهب وابن وهب أنه يعجز فى الأموال والحقوق ولا ينظر بعد ذلك التعجيز فى بينته، لا هذا الحاكم ولا من بعده إلا فى المعتاق والنسب والطلاق كما تقدم.

تنبيه: قال ابن سهل: ومما يشبه العتاق والنسب والطلاق الحبس وطريق العامة، وشبهه من منافعهم ليس عجز طالبه يوجب منعه أو منع غيره من النظر له إن أتى بوجه، وقد شاهدت الحكم والفتوى بذلك فى الحبس، وفى «الطرر» لابن عات والدم مثل الطلاق والنسب والعتاق؛ انظره فى آخر الكتاب.

مسألة: إذا قام أحد الشركاء فخاصم فى شىء فقضى عليه، ثم قام أحد شركائه يريد المخاصمة فيه أيضًا، فإن قام بما قام به المقضى عليه حكم عليه وألحقه به ولم تسمع حجته ولا بينته، وإن جاء بغير ذلك نظر له فيه ولم يعجزه، وكذا من يدعى حقًّا للعامة، وذلك مبسوط فى تقسيم المدعى لهم فى النوع السادس.

تنبيه: ومذهب سحنون فى المطالب كمذهب ابن الماجشون فى ترك تعجيزه، وأنه متى أحق حقه قضى له به، ويقول فى المطلوب منى حكم عليه بعد الإعذار واستقصاء الحجج والتسجيل أنه لا تسمع بينته بعد ذلك ولا يقبل منه حجة يأتى بها.

فصل: ينبغى للقاضى إذا أراد أن يسجل على الذى عجزه أن يعلمه أن اليمين له على المسجل له، إن كانت القضية فى مال، وظهرت الخلطة، وإن كانت فى طلاق أو عتق أو نكاح أو نسب أو ما ضارعه فلا يمين عليه؛ وانظر فى الركن الخامس فى المقضى عليه أحكام الغائب وتعجيزه وترك تسمية الشهود فى التسجيل.

فصل: ولم تجر عادة الموثقين بأفراد عقد للتعجيز وإنما يضمنونه عقود التسجيلات، فإن أفرد بالذكر قيدت فيه أشهد القاضى فلان على نفسه أن فلانًا قام عنده وادعى على فلان كذا وأنه ماله وملكه لم يخرج عن يده إلى حين قيامه، وحضر المدعى عليه فسأله القاضى عن ذلك فأنكر ذلك وثبت عنده إنكاره بمن قبل من الشهود، فكلف القائم الإثبات وأجله فى ذلك أجلاً بعد أجل على ما جرت به عادة الحكام فى الآجال، ثم تلوم عليه أجل التلوم المعلوم ولم يأت فى خلال ذلك بشىء يوجب له حكمًا، فسأله المدعى عليه تعجيزه وقطع دعواه عنه، فأجابه القاضى إلى ذلك، وسأل الحاكم المدعى أبقيت لك حجة تحقق دعواك فقال: لا، فاستبان له عجزه فعجزه، وقطع عن المدعى عليه طلبته وتعنيته وسجل بذلك، وأشهد به على نفسه فى تاريخ كذا.

الفصل الرابع

فى توقيف المدعى فيه

وهو ثلاثة أنواع:

النوع الأول

العقار

وينقسم إلى قسمين دور وأراضى. واعلم أن الاعتقال والتوقيف لا يكون بمجرد دعوى الخصم فى الشيء المدعى فيه، ولا يعقل علي أحد شيء بمجرد دعوى الغير فيه، حتى ينضم إلى ذلك بسبب يقوى الدعوى أو لطخ والسبب كشهادة العدل أو المرجو تزكيته واللطخ الشهود غير العدول، فإذا ثبت هذا فالاعتقال فى الرباع على وجهين.

الأول: عند قيام الشبهة الظاهرة أو ظهور اللطخ فيريد المدعى توقيفه ليثبته، فالتوقيف هنا بأن يمتنع الذى هو فى يده أن يتصرف فيه تصرفًا يفيته كالبيع والهبة، أو يخرجه به عن حاله كالبناء والهدم ونحو ذلك من غير أن ترفع يده عنه.

الثانى: بعد أن يثبت المدعى دعواه فى ذلك بشهادة قاطعة ويحاز الربع على ما يجب ويدعى المستحق منه مدفعًا فيما قامت به البينة للمدعي فيضرب للمستحق منه الآجال، فيوقف المدعى فيه حينئذ بأن ترفع يد الأول عنه، فإن كانت دارا اعتقلت بالقفل أو أرضًا منع من حرثها أو حانوتًا له خراج وقف الخراج، فإن كانت الدعوى فى حصة فتعقل جميع الدار والأرض وجميع الخراج، وقيل: يعقل من الخراج بقدر ما ينوب الحصة المدعى فيها، ويدفع باقيه للمدعى عليه ويؤمر بإخلاء الدار من نفسه ،متاعه، ويؤجل فى إخلاء ذلك ثلاثة أيام ونحوها.

وفى «المقرب»: والقول الأول عندى أوى بالصواب هذا حكم المدعى فيه إذا كان فى غير الحاضرة بعث الحاكم أمينًا يعقل ذلك، فإن سأل المعقول عليه أن يترك فى الدار ما ثقل عليه إخراجه أجابه الحاكم إلى ذلك، وبهذا جرى عمل سحنون.

مسألة: واختلف فى العقلة بشاهد واحـد، ففى «أحكام بن زياد» أن العقل يجب بشاهد واحد عدل، وإليه ذهـب سحنون فى «كتاب ابنه» وفى «أحكام ابن بطال» عن لبابة أنه لا يعقل إلا بشاهدين قال ابن بطال: وهو قول ابن القاسم، وقال ابن العطار فى «وثائقه»: لا تجب العـقلة بشاهد واحد، لكنه يمنـع المطلوب بذلك أن يحدث في العقار بنيانًا أو بيعًا غيره، ويتقدم إليه فى ذلك بالقول، ولا يخرج عن يده.

مسألة: وإذا ضرب الأجل للمدعى فإن أتى بشىء نظر له فيه وإن لم يأت بشىء حلف المطلوب أنه مـا يعلم مـا ادعى الطالب حقـًا، وترك الاعـتقـال عن الشىء المدعى فيه، وهذا عنـد الحاكم الذى لا يقضى باليمين مع الشـاهد وأما من يقضى باليمين مع الشاهد، فـإنه يكلف الطالب شاهدًا ثانيًا، فإن أعيـاه أحلفه مع شاهده وقضى له بيمينه.

مسـألة: فى «شهـادات المدونة» فى رجل حفر فى أرض بيـده عينًا فادعى فيـها رجل دعوى، واخـتصما إلى صـاحب المياه، فأوقـفهم حتى يرتفـعوا إلى المدينة، فشكـا حافر العين إلـى مالك؛ فقـال مالك: قـد أحسن حين أوقـفهـا، وأراه قد أصاب، فقال صاحب الأرض: أترك عمالى يعملون، فإذا استحق الأرض فليهدم، فقال مالك: لا أدرى ذلك، ورأى أن توقف فإن استحق حقه وإلا بنيت، قال ابن القاسم: وهذا إذا كان للدعوى وجه وإلا فلا.

مسـألة: وفى «كتـاب ابن الأصبغ»: وإن كـان المدعى فيه أصـل نقل أو زيتون ونحو ذلك مما له ثمرة، وكانت الثمرة يوم الدعوى قد طابت فهى للمستحق ما لم تفارق الأصل، وعليـه أن يدفع للمستحق منه قـيمة ما أسقـى وعالج، وإن كانت أرضًا فيها زرع قد خرج إبان زراعته فهو لزراعه ولا كراء عليه للشبهة.

مسألة: وفى «المدونة» في رجل ادعى دارا فى يد رجل فأنشب الخـصومة وأقام بينة غيـر قاطعـة، فأراد الذى فى يده الدار أن يبـيع أو يهب، قال: بيـعه ليس مما يبطل حجة هذا ولا بينتـه، قال سحنون: قال غيره ليس له أن يبـيع لأن البيع غرر وخطر يريد أنه قد يبـيعه من ظالم ثم لا يقـدر على مخاصـمته، وقول الغـير هو الأولى والأظهر.

النوع الثانى

توقيف الحيوان

وفى «مختصر الواضحة» فى العبد والجارية يدعيان الحرية إذا أقاما شاهدًا واحدًا عدلاً فإنهما يوقفان عن صاحبهما ويخرجان من يده إذا كان ما يدعيان من الشاهد الثانى قريبًا، وكذلك قال مالك وابن القاسم وأصحاب مالك، وفى «التنبيه» لابن الأصبغ ومن اعترف عبدًا أو دابة أو غير ذلك من الحيوان بيد رجل وأراد توقيفه ليلطخه أو ليأتى على ذلك ببينة نظر، فإن كان فى ذلك بعد فليس ذلك له وإن كان ما ادعى من البينة بموضعه ذلك، وكل القاضى بالعبد ووقفه فيما قرب من يوم ونحوه، فإن لم يأت بمن يشهد له فلا شىء له، ثم لا يكون له يمين على المدعى عليه فى إنكار دعواه، لأنه يقول: لا علم عندى مما تقول، فإن ظن به علم ذلك حلف، وأما إن أتى القائم بشهادة شاهد عدل أنه عبده حلف معه واستحق، فإن نكل لم ترد اليمين على المدعى عليه؛ لأنه يقول لا علم عندى فإن ظن به علم ذلك حلف كما تقدم وإن أتى بلطخ كالقوم غير العدول يشهدون له بملكه أو عدول يشهدون أنهم سمعوا أنه سرق له مثل ما يدعى، ولم تكن شهادته قاطعة أو كالشاهد العدل على البت، ولم يرد أن يحلف معه وأراد المدعى أن يدفع إليه العبد ليذهب به إلى موضع بينته، فذلك له بعد أن يدفع قيمته ومنع من ذلك سحنون، وعلى القول الأول فنفقة العبد فى ذهابه عليه ولا يكون للمدعى رفع العبد ما لم يلطخه بشىء، فإن لم يرد قيمته وقال: يوقف حتى آتى ببينتى، فإن كان مما يقرب وقف له ما بين الخمسة الأيام إلى الجمعة؛ قاله سحنون، وقيل: الشهر ونحوه، فإن انقضى الأجل تلوم له فإن لم يأت أسلم إلى من كان فى يديه بعد يمينه، إن كان ممن يظن به علم ذلك كما تقدم، فإن أتى بعد ذلك بشىء يوجب له الحق حكم له به، وإن كان مما يبعد وفيه مضرة على المدعى عليه لم يجب توقيفه وأحلف المدعى عليه وخلى سبيله من غير كفيل يلزمه.

مسألة: واختلف فى نفقة ما وقف من الحيوان وفى غلته وممن تكون مصيبته إن هلك فى مدة الوقف، ففى «المدونة»: نفقته على من يقضى له به وغلته لمن هو فى يديه؛ لأنه إن هلك كان فى ضمانه. وقال فى «العتبية»: إن هلك فى الوقف ثم

ثبت للمستحق كانت مصيبته منه، فعلى هذا تكون الغلة له والنفقة عليه. وقال ابن القاسم مثل ما قال مالك فى «العتبية»، وزاد: إلا أن تكون جارية والمشترى مقر بالوطء وأنه لم يستبرأها فتكون المصيبة من المشترى ولا يرجع الثمن. وقال سحنون: المصيبة من المشترى حتى يحكم به للمستحق فتكون الغلة على ذلك له. ورأى اللخمى المصيبة من المشترى والغلة به.

وقال ابن سهل: كان بعض من أدركت يقول فى غلة المستحَقّ لمن تكون؛ ثلاثة أقوال:

أحدهما: أنها للمدعى إذا شهد له شاهد عدل.

والثانى: فى «المدونة» وقد تقدم.

والثالث: فى «الموطأ» قال: وما اغتلت الأرض من غلة فهى للمشترى الأول يوم ثبت حق الآخر، لأنه كان قد ضمنها.

النوع الثالث

توقيف ما يسرع إليه الفساد

كاللحم ورطب الفواكه وما أشبه ذلك

فإن شهد للمدعي شاهد واحد وأبى أن يحلف، وقال: عندى شاهد آخر، أو أتى بلطخ وادعى بينة قاطعة، فإنه يؤجل أجلاً لا يفسد فى مثله ذلك الشيء، فإن أحضر ما يستحق به وإلا خلى بين المدعى عليه ومتاعه، فإن أقام المدعى شاهدين لا يعرفهما القاضى واحتاج إلى تزكيتهما وخيف فساد المدعى فيه أمر القاضى أمينًا فباعه ووضع ثمنه على يدى عدل يأخذه من استحقه، فإن كان المدعى إنما ادعى ابتياعه من مالكه بثمن سماه وأراد إثبات ذلك يتبع المدعى فيه إن خشي فساده على ما تقدم، وعليه إذا أثبت دعواه أداء الثمن المشهود به ويقبض هو ثمن السلعة المبيعة به بالحكم كان أقل من الثمن الذى اشتراه به أو أكثر، ولو تلف كانت مصيبته ممن يقضى له به كان الهلاك قبل الحكم أو بعده.

فصل: وفى «أحكام ابن سهل»: أنه يعقل بالشاهد الواحد العدل ما يغاب عليه

من العروض وغيرها، وأما الأصول فكما تقدم عن ابن العطار، قال: ورأى بعضهم أن الغلة لا تكون إلا بعد شهادة عدلين وحيازتهما للعقار، فزاد فى هذا القول الحيازة، قال: وهذا الذى يجرى عليه القضاء ببلدنا، والحجة فى ذلك بينة، وهى أن الغلة إنما تكون بالضمان فهى للمطلوب حتى يقضى عليه وضمانها منه قبل ذلك، ولا تكون للطالب إلا إذا كان الضمان منه، ولا يكون الضمان منه إلا بشهادة شاهدى عدل وحيازتهما.

مسألة: ومما يلحق بالنوع الثانى أن من ادعى ماشية قبل رجل، فإن كان قبل غاصب وقفت له هى وغلتها حتى يأتى ببينة ويستبرىء أمره، وإن لم يدعها قبل غاصب وادعاها بوجه شبهة خرجت بها من يده، فإن جاء بشبهة بينة وأمر ظاهر وقفت له مع غلتها وإلا لم أر ذلك، وأما رعيتها فى مدة وقفها فعلى الذى تصير له بمنزلة الكسوة والنفقة والعلوفة فى الدواب والرقيق إذا وقفت بالدعوى الظاهرة البينة، أو بدعواها قبل غاصب، فإن ذلك كله ما دامت موقوفة على من تصير ، فإن قدر الحاكم على ذلك بسلف أو إنفاق من بيت المال وما أشبه فذلك له، وإلا كان أولاهما بأن يأخذ من الذى ملكه قائم فيها. ولم يزل، فإذا ثبت الاستحقاق أعداه به على صاحبه.

قال فضل بن سلمة فى «مختصر الواضحة»: مذهب ابن القاسم أن النفقة بينهما فيما بين ذلك، ثم يرجع بذلك على من استحق، قال فضل: وقد روى أنه لا يرجع بشىء ورواه ابن نافع عن مالك.

***

الفصل الخامس

فى توقيف مال الغائب ومال اليتيم

ومن «كتاب ابن حبيب» قال أصبغ: وإذا رفع للقاضى أن رجلاً غريبًا مات ببلد القاضى وترك مالاً وذكر أن ورثته ببلد كذا، فإنه ينظر القاضى فإن كان البلد الذى ذكر الهالك أن ورثته به بعيدًا جدًا بعث بذلك المال مع ثقة إلى قاضى ذلك البلد، وكتب إليه بقصته، وإن لم تكن البلد بعيدًا جدًا حبس المال عنده، وكتب إلى القاضى أن رجلاً له فلان بن فلان الفلانى نعته كذا مات ببلدى وترك كذا وكذا، وذكر أن ورثته ببلدك، فإذا ورد إليه الكتاب بعث إليهم أن عرفهم أو يسأل عنهم أن جهلهم، فإذا أتوه أعلمهم ذلك وسألهم البينة على أنهم ورثته، فإذا ثبت ذلك عنده كتب لهم بذلك إلى القاضى الذى عنده المال، وبعثوا من يقبض لهم مالهم، وإن جهل القاضى فبعث بالمال إليه فضاع لم يضمنه الباعث بخلاف الوصى يبعث بالمال إلى أهله فيضيع.

قال أصبغ: وإذا بعث قاض إلى قاض بمال فعلى الرسول أن يشهد بإيصاله وإلا يضمن أن جحد القاضى المبعوث إليه قبضه أو مات أو عزل فلم يعرف للمال مرضع إلا إن يوجد فى ديوان الميت ذكره أنا قد قبضنا من فلان كذا وكذا دينارًا قدم بها علينا من عند قاضى بلد كذا، وهى لورثة فلان، أفيبرأ الرسول بهذا، وإذا لم يوجد المال ولا عرف موضعه فلا يضمنه القاضى ميتًا كان أو حيًا، إذا قال فى حال حياته قد ضاع أو جهلنا موضعه.

وقال ابن القاسم من رواية عيسى: وإذا دفع القاضى مالاً إلى رجل وأمره أن يدفعه إلى فلان فقال المبعوث معه المال قد دفعته إلى الذى أمرتنى بدفعه إليه وأنكر المبعوث إليه، فإن قامت له البينة على دفعه إليه وإلا ضمن.

مسألة: ومن «كتاب ابن حبيب» قال أصبغ: إذا وجد فى ديوان القاضى بعد موته أو عزله أن عند فلان بن فلان من الأموال التى عندنا أو قال مَن مال فلان

اليتيم كذا وكذا ديناراً وأنكر الأمين، فـإنه يحلف ويبرأ ويضمن القاضى ذلك المال حيًا كان أو ميتًا، لأنه فرط حين لم يشهد عليه.

فصل: وفى «سمـاع عيسى» سئل ابن القـاسم عما يرفع إلى القضـاة من أموال اليتامى هل يستودعونها لهم أو يضمنونها؟ فقال: الضمان الذى يفعله بعض الناس وأهل العراق يضـمنونها أقوامًا يكون لهم ربحـها وعليهم ضمانـها حرام لا يحل، والسنة فيها أن يستودعها من يوثق به إذا لم يكن لهم أوصياء، فإن كان لهم وصى لم تحرك من يديه إن كان ثقة، وإن كان غير ثقة أخذها القاضى واستودعها من يثق به، وإن رأى القاضى أو الوصى دفعها إلى من يتـجر بها أو يقارض لهم أهل الثقة على النظر لهم فـذلك حسن، ولو اتجـر فيـها الوصى لنفـسه أو من أودعـه إياها القاضى فلا بأس إن كـان مليًا، وليس بحرام، والتنزه عنه أفـضل، وقد تقدم هذا الفصل فى آداب القاضى.

وهناك زيادة وبيان أكثر من هذا وإنما أعدته لما جـرى به عمل قضاة «القيروان»، ففى «رسالة القضاء والأحكام فيما يتردد بين المتخاصمين عند القضاة والحكام»: أن بعض قضاة «القيروان» لما تحقق عندهم أن الأمناء يتجرون بأموال الأيتام لأنفسهم، كانوا يدفعون الأموال إلى الأمناء فإذا مضـوا بها إلى موضعهم عادوا إلى القاضى، فأقروا عنده أنهم أدخلوا فـيها أيديهم وصرفوها فى مصالحـهم حتى صارت بذلك فى ذمتـهم، فيكـتبهـا القاضى حـينئذ عليـهم فى ديوانه أنهـا صارت فى ذمـتهم بتحريكهم إياها، ويذكر فى ديوانه القصـة كما جرت، ويشهد على الأمناء وذلك، من القضـاة هروب من قول ابن القـاسم إن دفعـها إلى الأمناء على أن يضـمنوها حرام فتوصلوا بهذا الطريق إلى تضمينهم إياها.

***

القسم السادس

فى ذكر اليمين وصفتها وزمانها
ومكانها والتغليظ فيها وما يتعلق بها من الأحكام

قال ابن راشد فى كتاب «المذهب»: اليمين تكون تارة لرفع الدعوى كالمدعى عليه بمال فينكره، وتارة لتصحيحها كاليمين مع الشاهد، وتارة لإيقافها كالحلف على نفى حق ثبت لصغير بشاهد، وتارة لتتميم الحكم كيمين الاستبراء.

أما صفتها فهى فى الحقوق كلها بالله الذى لا إله إلا هو، لا يزاد على ذلك، وروى ابن كنانة: أنه يزاد فى ربع دينار وفى اللعان والقسامة على الغيب والشهادة «الرحمن الرحيم».

وفى «مختصر الواضحة»: إنما يحلف الحالف بالله الذى لا إله إلا هو لا يأمر بأكثر من ذلك فى الحقوق والدماء واللعان، وكلما كان فيه اليمين على المسلمين والنصارى واليهود والمجوس، غير أن هؤلاء غير المسلمين إنما يحلفون حيث يعظمون من كنائسهم، ومواضع عبادتهم، ويرسل القاضى فى ذلك رسولا يحلفهم بالله.

قال ابن حبيب: وأخبرنى ابن عبد الحكم وأصبغ عن ابن القاسم وابن وهب وأشهب عن مالك مثل ذلك كله، قال القاضى أبو الوليد: وهذا هو المشهور من مذهب مالك، وبه قال ابن القاسم، ورواه عن مالك فى «المدونة». قال ابن القاسم: ولا يزاد على أهل الكتاب الذى أنزل التوراة والإنجيل.

فرع: ووقع لمالك فى «المدونة» أنه يقول فى القسامة: بالله الذى أحيا وأمات، وفى اللعان أشهد بعلم الله يعنى أن ذلك جائز لا أنه لا يجوز غيره.

فرع: وروى الواقدى عن مالك أنه يزاد على اليهودى الذى أنزل التوراة على موسى، وعلى النصرانى الذى أنزل الإنجيل على عيسى.

تنبيه: ومن الكفار من لا يحلف بما يحلف به المسلم لأنه ينكر ما يقوله أهل

التوحيد، ويحتجون أن ليس عليهم الخروج عن دينهم ليمين وجبت عليهم، قال: فيحتاط حتى يقول ما لا يخرج به عن الشهادة بالحق، ولا يحلف بكفره، وقال محمد فى مجوسية أسلم زوجها فلاعنت فقال أقول: والنار، فقال: لا تحلف إلا بالله.

فرع: لو اقتصر على قوله والله أو قال: والله الذى لا إله إلا هو فقال أشهب بعدم الإجزاء فيهما، وقال اللخمى: مقتضى النظر أنها يمين مجزئة منعقدة وتجب بها الكفارة.

وقد روى عن الحسين بن على بن أبى طالب -رضى الله عنهما- أنه رد يمينًا على رجل ادعى عليه دعوى كاذبة، فلما قام الرجل يحلف قال له: اقتصر على قولك والله، ففعل الرجل فما استتم يمينه حتى سقط ميتًا، فقيل له فى ذلك، فقال: خشيت أن يحمد الله تعالى فيحلم عنه.

فرع: وفى «البيان والتحصيل» قال: وفى «مختصر ابن شعبان» أن من حلف عند المنبر فليقل رب هذا المنبر.

فصل: وهل يحلف قائمًا أو لا؟ قال ابن حبيب: يحلف قائمًا مستقبل القبلة وروى ابن حبيب عن ابن الماجشون: أن فى ذلك يختص بالحلف فى المساجد، وأما فى غيرها فيكونون قعودًا، وفى «البيان والتحصيل»: روى عن مالك فى «العتبية» أنه يحلف قائمًا، وقال فى «المدونة»: إن الحالف لا يستقبل به القبلة، قال ابن رشد: قول مالك ويحلفون قيامًا يحتمل أن يحمل على التفسير لما فى «المدونة» يعنى أنه يحلف قائمًا ولا يستقبل به القبلة، وحكى ابن عبدوس عن أشهب أن القيام فى الأيمان هو فى اللعان والقسامة دون سائر الحقوق، وفى المبسوط لمالك أنه يحلف قائمًا دبر الصلاة، وقد قيل: ليس عليه أن يحلف قائمًا وهو قول ابن كنانة؛ انتهى من «البيان»، ومن «ابن شاس».

وقال ابن راشد: قال مالك فى «كتاب ابن سحنون»: يحلف جالسًا يعنى عند المنبر، وفى «الموازيّة» قائمًا كما تقدم فى «العتبية».

تنبيه: ومن قال بالحلف قائمًا مستقبل القبلة فسواء عنده ذلك الرجل والمرأة.

مسـألة: وإن كـان الحق المحلوف عليه أقل من ربـع دينار لم يحلف قائمًـا ولا مستقبلاً، بل يحلف بمكانه جالسًا فى أى موضع حكم عليه.

مسألة: وفى «وثائق ابن الهندى» و«المتيطية» قال ابن وضاح: قلت لسحنون أن ابن عاصـم يحلف الناس بالطلاق يغلظ عليهـم بذلك، فقال: ومن أيـن أخذها؟ فقلت له: من الأثر «**يحدث أقـضيـة بقدر مـا أحدثوا من الفـجور**» فقـال: مثل ابن عاصم يتأول هذا، وابن عاصم من رواة ابن القاسم، وروى عن أشهب أيضًا وكان محتسبًا بالأندلس.

وأما زمانها: ففى «الجواهر» لابن شاس اختلف فى التغليظ بالزمان، ففى «كتاب ابن سـحنون» من رواية ابن كنانة: يتـحـرى بالأيمان فى المال العظيم وفى الدمـاء واللعان الساعات التى يحـضر الناس فيها بالمساجد ويجتمـعون للصلاة، وما سوى ذلك من مال وحق فـفى كل حين، وقال مطرف وابن الماجشـون بذلك فى الدماء واللعان فقط، وقاله ابن القاسم وأصبغ؛ انتهى.

وعن مالك فى غير «المدونة»: أن اللعـان يكون بإثر صلاة أحب إلى، قال وقد كان عندنا بعد العصـر وليس بسنة، وقال ابن شعبان بعد العـصر والصبح، وقيل: بعد الظهر أو العصر، وقـال سحنون: بعد العصر سنة وفى «المدونة» أن يكون عند الإمام، وقال اللخمى: ليس يبعد أن يكون القاضى أو الفقيه الجليل، يريد عن أمر الإمام أو القاضى، واستحب غير واحد مذهب سحنون.

فرع: قال ابن وضاح لسـحنون: إن ابن عجلان قال لى: يحلـف اليهودى يوم السـبت والنصـرانى يوم الأحد، وقـال إنى رأيتـهم يرهبـون ذلك؛ لقول مـالك: يحلفون حـيث يعظمون فـأعجبـه، وقال المازرى: اختلـف أشياخ «القـيروان» فى الطالب يسـأل أن يحلف له غريمه اليـهودى يوم السـبت هل يحكم على اليـهودى بذلك، فقـال بعضهم: هذا من حق المسلم فـيحكم له بذلك، وقال بعـضهم: لا يقضى له بذلك، وألف بعضهم على بعض فى ذلك.

تنبيه: وفى «المتيطية»: الأيمان إنما تجب بالنهار إلا على أهـل الستر والحجاب من النسـاء، لأن الأيمان بالنهار أشـنع فربما توقع الحـالف الشنعـة فيـرجع إلى الحق،

وكذلك يجب أن يذكر فى العقود التى تكتب فى الأيمان أنه ثبت عند القاضى أن فلانة من أهل الحجاب، وممن يجب أن تحلف ليلاً، وأن القائم باليمين عليها ممن يعرف ذلك.

وأما مكانها: ففى «مختصر الواضحة» قال ابن حبيب: قال لى مطرف: سمعنا مالكًا يقول وجميع مشايخنا بالمدينة فى استخلاف الرجال والنساء فيما ادعى عليهم أو قطعوه بأيمانهم كل أمر له بال أو بلغ ربع دينار فصاعدا، فإن كان بالمدينة فعند منبر رسول الله ﷺ.

تنبيه: وذلك إذا أبى الطالب أن يحلفه إلا فى المسجد؛ قاله مؤلف «مسائل القضاء»، وإن كان فى غير المدينة من البلدان ففى مسجدهم الأعظم حيث يعظمون منه عند منبرهم أو تلقاء قبلتهم. وفى «البيان والتحصيل»: يحلف عند المنبر فيما له بال وفيما يبلغ ربع دينار فصاعدًا عند المنبر، قال ابن رشد: ومالك لا يرى الاستحلاف عند المنبر، ولا فى منبر المدينة لقوله ﷺ: **«من حلف على منبرى كاذبًا فليتبوأ مقعده من النار»** وما جاء من ذكر المنبر والحلف عنده فى غير المدينة فإنما ذلك لحرمة موضعه من المسجد لا لحرمته فى نفسه، إذ لو نقل عن موضعه إلى موضع سواه من المسجد أو غيره لم تنقل اليمين من موضعها إلى حيث المنبر، بخلاف منبر النبى ﷺ حيث كان فى المسجد، وليس هو عند محرابه عليه الصلاة والسلام لأنه زيد فى قبلته فبقى المنبر فى موضعه؛ انتهى.

ومعناه أن المنبر فى مكانه فى زمن رسول الله ﷺ وليس عند محراب المسجد يعنى المحراب الذى فى القبلة، ونسبة ذلك المحراب إليه ﷺ كنسبة جميع المسجد إليه، فيقال مسجد النبى ﷺ، ولذلك قالوا: إن الصلاة تضاعف فيما زيد فيه كما تضاعف فى المسجد القديم، ولما زاد عمر -رضى الله عنه- فى المسجد من ناحية القبلة نقل محل الإمام إلى تلك الزيادة، وكان فيها محراب، واستشهد -رضى الله عنه- فى ذلك المحراب، ثم زاد بعده عثمان -رضى الله عنه- من ناحية القبلة أيضًا، وانتقل محل الإمامة إلى المحراب الذى فى القبلة الآن وهو محراب عثمان -رضى الله عنه- وكان فى أيام مالك يصلى الإمام فى محراب عثمان فلما قل الناس رجعوا إلى محراب النبى ﷺ الذى بين القبر الشريف والمنبر.

فرع: قال ابن رشد وأما فى مكة المشرفة فبين الركن والمقام، قال ابن راشد: قال مالك يحلف بمكة عند الركن ولم يذكر بين الركن والمقام، وفى «مختصر الواضحة»: وسألت سحنون عن الحلف فى مكة بين الركن والمقام هل هو مثل الحلف بالمدينة عند المنبر؟ فقال: لا.

فرع: وأما فى غير المدينة من جوامع الأمصار فقد تقدم ما ذكره ابن حبيب فى «الواضحة»، وقال ابن رشد: أما اليمين فى غير المدينة من جوامع الأمصار فعند المحراب، وفى «الطرر» لأبى إبراهيم الأعرج عند قوله فى «التهذيب»: لا يعرف مالك اليمين عند المنبر فيه إلى أن الجامع كله سواء، وهى رواية فى المذهب.

فرع: وفى «الأحكام» لابن سهل: ولا يحلف فى مساجد القبائل فى قليلٍ ولا كثير.

فرع: ويحلف اليهود والنصارى فى كنائسهم حيث يعظمون منها، قيل له: فيحلف المجوسى فى بيت ناره؟ قال: يحلف حيث يعظم من بيت ناره أو غيره.

فرع: وفى «المتيطية»: واختلف فى إخراج المرأة من بيتها عند وجوب اليمين عليها، فقال فى «المدونة»: تخرج المرأة فيما له بال فتحلف فى المسجد، فإن كانت ممن لا تخرج نهارًا فلتخرج ليلاً وتحلف فى بيتها، إن لم تكن ممن تخرج.

تنبيه: قال ابن راشد: وحكى أبو عمرو بن عات فى «الطرر» أن كل امرأة تخرج بالنهار إلى الحمام وغيره فإنها تحلف بالنهار وإن خرجت مستترة، قال: وعندى فى خروج المرأة بالنهار إلى الجامع كشف لها ولحالها، وإن كانت تخرج بالنهار لأنها إذا خرجت للحلف عرف أنها فلانة، بخلاف ما إذا خرجت لغير ذلك، وقد أخبرنى بعض الفقهاء أنها وقعت بتونس وأنه وجد فيها نصًا بذلك.

مسألة: قال ابن سهل: وفى «شهادات المدونة» «وأقضية المختلطة» قلت: أرأيت النساء العواتق وغيرهن من الإماء وأمهات الأولاد المدبرات والمكاتبات أيحلفن فى المسجد؟ قال: إنما سألت مالكا عن النساء أين يحلفن؟ فقال: فى كل شىء له بال فإنهن يحلفن فيه فى المسجد الجامع. قال ابن لبابة فى «منتخبه»: العوائق لا يمين على من لم تطلق منهن من الولاية، إلا فى شىء يكون لهن بشاهد واحد، فإنهن

يحلفن فيه فى المسجد الجامع، كما يحلف السفيه فيه، وفى مثل ادعائهن على الأزواج الوطء بعد البناء.

فرع: وأجاز سحنون فى «كتاب ابنه» أن المرأة إذا ادعى عليها فى دور وأرض وليست ممن يخرج أن تحلف فى أقرب مسجد إليها.

فرع: قال ابن كنانة فى المرأة التى لا تخرج إذا ادعى عليها: تحلف فى بيتها، وأما إن أرادت أن تستحق حقًا فلابد من خروجها إلى مواضع الأيمان. وقال عيسى عن ابن القاسم: ذلك سواء، وتحلف فيما لها وعليها فى المسجد، إلا أن يكون الشىء التافه فتحلف فى بيتها.

فرع: وفى «المتيطية»: واختلف فى القدر الذى تخرج فيه إلى الجامع، فقيل: كالرجل وهو فى «الواضحة»، وقال ابن المواز: ليس النساء كالرجال ولا يحلفن فى المسجد إلا فى الشىء الكثير الذى له بال، قال ابن محرز: وهذا أشبه بظاهر الكتاب، لأن ما يلحق النساء من الخروج والمشقة والظهور للناس أشد مما يلحق الرجال. وفى «كتاب محمد»: أنها تحلف فى الجامع فى دينار فأكثر، وتحلف فى بيتها فى أقل من دينار.

فرع: والمكاتبة وأم الولد كالحرة فى أحكام اليمين والخروج إلى المسجد، وكذلك العبد ومن فيه بقية رق كالحر فى اليمين.

فرع: ومن باع ثوبًا فرد عليه بعيب، فادعى البائع أنه بينه للمبتاع، فأنكر المبتاع وأراد يمين البائع عند المنبر فإن كان نقصان العيب أكثر من ربع دينار لم يحلف إلا فى الجامع.

فصل: قال ابن سهل: سألت ابن عتاب وابن مالك عن الحلف عند المنبر فى ربع دينار من المذهب القرمونية وكان فيها من المذهب نحو المسبع، فقالا لى: لا يحلف فيه عند المنبر، وقال لى ابن القطان مثل ذلك، وخالف بعض من كان يفتى معنا، وكان يرى اليمين عند المنبر فيما له بال وإن لم يبلغ ربع دينار طيب، وفى «مفيد الحكام»: قال بعض المتأخرين يحلف عنده فى القليل والكثير.

فصل: وأما التغليظ بالتحليف على المصحف فقال ابن العربى: هو بدعة لم يرد

عن أحد من الصحابة، وقد أجازه الشافعية؛ انظر «الأحكام» فى «سورة المائدة»، وكان ابن لبابة يفتى فى المريضة تجب عليها اليمين فى مقطع الحق أنها تحلف فى بيتها على المصحف.

فصل: لابد من حضور المحلوف له أو وكيله لتقاضى اليمين، فإن تغيب وكل القاضى من يقتضيها إذا ثبت عنده تغيبه، ولا يحلف القاضى المدعى عليه إلا بسؤال خصمه أو قرينة حال تدل على طلبه لذلك من القاضى قاله المازرى؛ انظر «ابن عبد السلام».

مسألة: وفى «كتاب ابن حبيب»، قال ابن الماجشون: وإذا أمر القاضى رجلاً أن يحلف رجلاً فقال: قد حلفته والطالب ينكر ذلك فقول المأمور نافذ.

فصل: إذا تقرر أن اليمين عند المنبر وفى مقاطع الحقوق فى ربع دينار وفيما له بال، فاعلم أن الحكم فى ذلك علم فى الحقوق المالية وغيرها، ونذكر من مسائل المذهب ما يدل على ذلك.

مسألة: فمن ذلك ما ذكره ابن سهل فى رجل أشهد لامرأته أنه غاب عنها فى سفره أكثر من كذا وكذا فأمرها بيدها، بعد أن تحلف بالله لقد غاب عنها أكثر مما شرطه لها، ثم تقضى فى نفسها ما أحبت، فغاب عنها زوجها أكثر مما شرطه فرفعت أمرها إلى بعض الحكام، وأحبت أن تأخذ بشرطها وأقامت البينة على ما شرطه زوجها وعلى انقضاء المدة، فحلفها الحاكم فى بيتها.

وكان الحاكم الوزير أبو بكر بن حريش وكتب إلى الفقهاء يستشيرهم فى ذلك فكتب إليه أبو عمر بن القطان: أما يمينها فى بيتها فغير مجزئة، واليمين واجبة فى مقطع الحق.

قال ابن سهل: وكذلك تحلف المرأة إذا أرادت تطليق نفسها منه لعدم النفقة أنه ما ترك لها شيئًا ولا أرسل إليها بشىء، وقد شهد لها بذلك الشهود، وكذلك يحلف مستحق الحيوان وشبهه فى مقطع الحق ما باع ولا وهب ولا خرج عن ملكه، بعد أن تشهد له البينة.

وكذلك نص عليه أبو عبد الله بن أبى زمنين فى سجل القضاء لها بالأخذ

بشرطهـا فى المغيب بأن الفـقهـاء أشاروا أن تحلف المرأة فى مـقطع الحق احتـياطا للغائب، فتحـلف بالله الذى لا إله إلا هو لقد غاب عنها زوجها فـلان الغيبة التى شهد لها بها، وما قدم عليهـا، قال ابن سهل: فهذا نص فى ذلك ممن هو حجته، وجواب فى المسألة المذكورة بأن يمينها فى بيتها لا تجزىء إذ ليس ذلك فى شرطها، ولا فى كتاب الاستـرعاء الذى قامت به أن زوجها لو جعل لهـا أن تحلف فى بيتها كان ذلك لها، وإذا لم يجعله لها فالاحتياط للغائب أن تحلف فى مقطع الحق.

مسـألة: وفى «المتيـطية»: إذا قامت المرأة على زوجـها وهو غـائب بعدم النفـقة وأثبتت مـا يجب عليها إثباته، فـإنه يؤجلها ثم يأمرها بالحلف فى المسـجد الجامع بموضع الحلف أن زوجها فـلانًا لم يخلف عندها نفقة تنفـقها، ولا ما يعدى فـيها بنفقتها، ولا أرسل شيئًا وصل إليها، ولا وضعت شيئًا عنه من ذلك فإذا ثبت عنه الحاكم بشهادة من وجه لحضور يمينهـا أنها حلفت اليمين المنصوصة كما يجب وفى الموضع الذى يجب فيه نظر فى ذلك.

مسألة: وفى «المتيطية»: إذا طلق زوجته بشىء من الكنايات المقتضية للبتات وذلك قبل البناء بها ونوى واحدة وشهدت البينة بلفظه وبادعائه النية فيه، ثم أراد مراجعتها فلابد من يمينه عند مراجعتها على ما نواه، ويحلف فى المسجد الجامع؛ بالله الذى لا إله إلا هو ما أراد بقوله لزوجته فلانة: «حبلك على غاربك» إلا طلقة واحدة.

مسـألة: وإذا ادعت المرأة أن زوجـها طلبهـا وأقامت علـيه شاهدًا وجب عـليه أن يحلف لهـا علـى تكذيب الشـاهد،ويحلف علـى ذلك فى المسـجـد الجـامع؛ من «المتيطية».

مسـألة: ومن ذلك إذا رد المبـتاع الأمة بعـيب فقـال له البائع: احلـف أنك ما وطئتها، ففى المسألة خلاف، قيل: يحلف، وقيل: لا يحلف إلا أن يكون متهمًا، ومن قال بالتحليف فيحلفه فى مقطع الحق على ذلك.

فرع: ومن ذلك أيمان اللعان وأيمان القسامة لا تكون إلا فى المسجد.

تنبيه: وفى «مختصـر فتاوى ابن رشد» للقاضى ابن عبد الرفيع، إذا كـان قيمة العيب أقل من ربـع دينار وقال البائع ببـينته للمشـترى فـأنكر المشترى فـإذا كانت

السلعة قائمة يجب ردها حلف المشترى فى الجامع ما علم وردها، لأن اليمين متعلقة بما هو أكثر من ربع دينار، وهو رد السلعة وإن كانت فائتة ولم يجب للمشترى إلا قيمة العيب لم يحلف المشترى فى الجامع، وهذا مثل المتابعين يختلفان فى الثمن، فى أقل من ربع دينار، فيتحالفان فى الجامع ويتفاسخان، وكذا إذا اختلفا فى الصرف فيما يوجب نقضه وإن كان درهماً واحدًا.

فصل: ولا يجلب الحالف فى الأيمان إلى غير موضعه إلا فى القسامة، فإن مالكًا قال: يجلب إلى مكة والمدينة وبيت المقدس من كان فى أعمالها، قال ابن القاسم: حيثما كانوا من أعمالها، وأما أهل الآفاق فيستحلفون فى موضعهم إلا أن يكونوا قريبًا فى المصر نحو عشرة أميال ونحو ذلك، قال مالك: فأرى أن يجلبوا إلى المصر فيحلفون فى المسجد؛ من «مختصر الواضحة».

فصل: فى حكم النكول عن اليمين: ونعنى به نكول المدعى عليه أو المدعى إذا توجهت عليه اليمين فنكل عنها، ولا يثبت الحق على المدعى عليه بمجرد نكوله كمذهب الإمام أبى حنيفة، بل لابد مع نكوله من يمين المدعى، ويتم نكوله بقوله: لا أحلف، وكذلك قوله: أنا ناكل عن اليمين، أو بقوله للمدعى: احلف أنت، وأما تماديه على الامتناع من اليمين فإن كان مع نطقه بمثل هذه الألفاظ فلا إشكال، وإن كان بدون هذه الألفاظ فهو يشبه الامتناع من الجواب، وقد تقدم حكم ذلك فى القسم الثالث من أقسام الجواب عن الدعوى.

وينبغى للحاكم بيان حكم النكول بأن يقول للمدعى عليه: إن نكلت عن اليمين واستحق ما ادعاه عليه وهذا والله أعلم على طريق الاستحباب فيمن يخشى منه الجهل بحكم النكول، وإذا تم نكوله بالنطق أو الامتناع من اليمين على ما تقدم ثم قال بعد ذلك: أنا أحلف لم يقبل منه ولم يلزم ذلك خصمه إلا أن يشاء، وهذا مثل من قام له شاهد بحق وأبى أن يحلف معه ورد اليمين على المطلوب ثم بدا له وأراد أن يحلف فليس له ذلك.

فرع: ومن وجبت عليه يمين فامتنع منها حتى يبرز المطلوب المال الذى يحلف عليه، وحينئذ يحلف، فإن ذلك لا يجب على المطلوب إلا بعد يمين الطالب إذ لا يستحق المال إلا باليمين، فإن قال: أخشى أن أحلف ثم يدعى الذى أحلفنى العدم

كان من حقه أن يشهد له صاحبه أنه موسر وليس بعديم، فإن شهد له بذلك حلف واستحق، فإن ادعى المطلوب العدم حبس حتى يؤدى، فإن شهدت له بينة بالعدم لم يسمع منها لأنه قد أكذبها فثمرة الشهادة على نفسه تطويل سجنه حتى يؤدى.

فرع: وأما لو ادعى المطلوب قضاء الدين فأنكر الطالب ذلك وتوجهت اليمين على رب الدين فنكل عنها وقلبها على المطلوب فنكل عنها أيضًا، فإن المطلوب يلزمه غرم الدين لأن الحق لم يثبت عليه إلا الآن.

قال ابن عبد السلام: ولا يبعد عندى أن يؤخذ عليه كفيل بالمال لأن المطلوب الآن شاك فى براءة ذمته، وقد اختلف المذهب إذا شك المطلوب هل يقضى عليه دون يمين تلزم الطالب أو لابد من اليمين، وعلى التقديرين فالحق قد توجه على المطلوب إذ هو فى معنى التوجه وإذا انتهى الحق إلى هذا الظهور كانت الكفالة بالمال هذه هى القاعدة. وقال ابن عبد الحكم: إذا سأل المطلوب أن يمهل لحسابه وشبهه أمهله الحاكم بقدر ما يرى من غير تحديد لزمان المهلة. قال ابن عبد السلام: وهو الظاهر لأن أسباب الشك مختلفة، فقد يطول زمان المعاملة بينهما ويكثر المال والتقاضى، وقد يقل ذلك فلذلك كان إمهاله بقدر ما يراه الحاكم ويظهر له من أمرهما والله أعلم.

مسألة: ولو قال المطلوب حين قامت عليه البينة: أمهلونى فلى بينة دافعة أمهل ما لم يبعد فيقضى عليه ويبقى على حجته إذا أحضرها، ولو قال: أبرأنى فحلفوه فيحلف قبل أن يستوفى.

مسألة: وإن توجهت اليمين على المدعى فلم يحلف وقال: لى بينة قريبة فاطلبوا من الغريم كفيلاً، أخذ منه كفيل بنفسه ما بينه وبين خمسة أيام إلى الجمعة.

فصل

فى مسائل متفرقة بحكم اليمين

مسألة: فى اليمين تجب للورثة ويتقاضاها أحدهم، فى «المتيطية»: إذا وجبت اليمين لورثته يملكون أمور أنفسهم على رجل فحلف المدعى عليه بأمر الحاكم وتقاضى اليمين أحدهم فيمينه تجزىء عن الجميع، إذا كانت بأمر الحاكم، وذلك

حكم ماضٍ وإن كانت بغير أمر الحاكم، فكل من قام منهم عليه كلفه يمينًا ثانية، ومثله لأبى بكر بن عبد الرحمن، وقاله غير واحد من الموثقين، وبه الحكم، ولأبى محمد بن أبى زيد فى أسئلته خلافه، وأن لمن غاب منهم أن يحلفه وإن كانت اليمين بأمر الحاكم.

مسألة: وإذا حلف الخصم دون حضور خصمه لم يجزئه اليمين، وكذلك إذا بدر باليمين بحضور خصمه قبل أن يسأله ذلك فإن لم يرض بها لم تجزه؛ انظر «المنتقى» للباجى، و«أحكام ابن سهل».

مسألة: ومن وجبت له يمين على غيره فحلف له ولم يشهد على يمينه أحدًا ثم طلبه باليمين ثانية وأنكر أن يكون أحلفه، فإن الطالب يحلف أنه ما أحلفه، فإذا حلف وجبت له اليمين؛ من «المتيطية».

مسألة: إذا وجبت اليمين على امرأة وقال المحلف لها: أنا طالب منها أن تحضر من يعرف عينها فإنى أتوقع أن يحلف لى غيرها، ولا توفينى حقى، وذكرت المرأة أنها لا تجد من يعرف عينها فمن حق المحلف لها أن يكلفها إحضار من يعرف عينها، لأن اليمين عليها وجبت فمن حق المحلف لها أن توفيه حقه بإحضار من يعرف عينها، قال أحمد بن سعيد الهندى: وقد نزلت وقيل فيها غير هذا، وأن على من يستحلفها إحضار من يعرف عينها، وحسب المرأة أن تقول: أنا هى حتى يثبت من يستحلفها أنها ليست تلك المرأة، قال: والأول عندى أصوب؛ لأن من حق من يحلفها أن تعرفه بنفسها.

قال المتيطى: وهذا الاختلاف إذا لم يكن المدعى يعرفها بالعين والاسم، وأما إن كان يعرفها وحلفت بمحضر المدعى عليه وحضوره ليمينها وافتدائه لها واعترافه أنها هى المطلوبة بالحق فلا وجه للخلاف، وأى شىء يبقى بعد هذا.

مسألة: قال ابن أبى زمنين فى «المقرب»: ومن وجبت له على رجل يمين لبعض ما جرى بينهما من المعاملات فى الأخذ والإعطاء، فقال المدعى عليه للمدعى: اجمع مطالبك إن كنت تزعم أن لك عندى مطلبًا غير هذا الذى تريد إحلافى عليه لأحلف فى جميع ذلك يمينًا واحدة، فهو من حق المدعى عليه، بخلاف من

وجبت له يمين على صاحبه بسبب ميراث، فقال المدعى عليه للمدعى: اجمع مطالبك قبلى فى هذا الميراث لأحلف على ذلك كله يمينًا واحدة لم يكن له ذلك لأن الميراث يحاط بالحقوق فيه، قال: وعلى هذا جرت الفتيا، وقد تقدم فى فصل الجواب عن الدعوى حكم هذه المسألة وفيها من الخلاف غير هذا.

مسألة: وإذا ادعى رجل على رجل بحقوق نصًّها وزعم أنه لا بينة له فى بعضها وأن له بينة على بعضها، وذهب إلى استحلاف المدعى عليه فيما لا بينة له فيه، وأنه يبقى على إقامة البينة فيما له فيه بينة، فإنه إن التزم أن لم تقدم له بينة على ما زعم أن له فيه بينة، أن لا يكون له يمين على المدعى عليه، كان له أن يستحلفه فيما له بينة له فيه، فإن أقام بينة على الباقى من دعواه وإلا فلا يمين عليه، وإن لم يلتزم ذلك لم يكن له أن يستعجل يمينه فيما لا بينة له عليه، ويؤخر ذلك حتى تقوم له البينة التى زعمها على البعض، فإن أقامها وإلا جمع دعاويه وحلف له على الجميع؛ من «الوثائق المجموعة» فى «باب الحمالة».

مسألة: ومن «العتبية» من رواية عيسى وأصبغ عن ابن القاسم: فى المدعى يقول للمدعى عليه: احلف وابرأ، فيقول له الآخر: بل احلف أنت وخذ ما ادعيت، فإذا هم باليمين بدا للمدعى عليه، وقال: لم أظنك تجترىء على اليمين، قال: ليس له أن يرجع وليحلف المدعى ويأخذ حقه كان ذلك عند سلطان أو عند غير سلطان، وقد لزمه ذلك.

مسألة: إذا وجبت لرجل على امرأة يمين وهى من أهل الحجاب ووجبت يمين على الرجل لها فذهبت المرأة إلى أن تحلف ليلاً وأن تحلف الرجل نهارًا، فقال الرجل: أخاف أن أحلف لها نهارًا فإذا كان الليل نكلت عن اليمين وردت اليمين على، فأحلف مرتين مرة بالنهار ومرة بالليل، فإذا ألزمت المرأة أنها لا ترد اليمين حلف الرجل لها نهارًا وحلفت المرأة ليلاً، وهذا نص فى أن التزامها لعدم الرد يلزمها.

مسألة: إذا وجبت يمين على رجل فأراد تأخيرها وأراد المطلوب تعجيلها أو بالعكس، فتعجيلها أوجب لمن طلب ذلك منها، ولا تؤخر؛ نقله ابن عبد السلام فى بعض تعاليقه عن ابن الجراح.

فصل

فى حكم اليمين المردودة وما يتعلق بها

وفى «المتيطية» و«أحكام ابن سهل»: من وجـبت عليه يمين فردها على من طلبه بهـا بمحضـره فسكت الذي ردت عليـه حينئـذ، ومضى زمـان، ثم ذهب إلى أن يحلف فقـال الراد: لا أمكنك الآن من اليمين، وأنا أحلـف على إنكارى دعواك، وإنما ملكتك حينئـذ فإذا لم تحلف وطال الزمان فاليـمين إنما بقيت على لا عليك، والحكم فى ذلك أنه إذا رد اليمين فلا رجوع له فيها طال الزمان فى ذلك أو قصر، قصر، يحلف عليه ويستحق بيمـينه ما يحلف عليه، وهو قول مالك -رحمه الله- وعامة أصحابه لا أعلم بينهم اختلافًا.

مسألة: وفى «المغرب» لابن أبى زمنين: ومن ادعى على رجل أن له عليـه حقًا بأمر ذكـره من ميراث أو مـعاملة ودعا إلى إخلافـه، لم يكن له ذلك إلا أن ينص على ما ادعى بـه عليه ويصفـه كمـا إن ردت عليه اليمين حلـف على ما وصف، قال: وعلى هذا تجرى الفتيا.

مسـألة: وفى «المتيـطية» ومن وجبت عليـه يمين فردها على من وجـبت له عند سلطان أو غيره ورضى بأن يحـلف صاحبه ويغرم، فلمـا جاء مقطع الحق نزع عن الرضا وندم على ذلك، فقد لزمه الرضا، كان عند سلطان أو غيره، قال الشيخ أبو عمران في «مسـائله»: وهذا متفق عليه، وهى مسألة «المدونة» فـيمن أقام له شاهد بحق فرد اليمين على المدعى عليه، أنه ليس له الرجوع فى ذلك.

مسألة: قال المتيطى عن ابن أبى عمران: وأمـا المدعى عليه يلتزم اليمين ثم يريد الرجوع عنها إلى إحلاف المدعى فذلك له، قال: وقد خالفنى فى ذلك أبو القاسم ابن الكاتب ورأى أن ذلك يلزمه وليس له رد اليمين والصواب ما قدمناه.

مسـألة: وفى «وثائق ابن الهندى»: إذا أقـر ورثة أن الملك الذى بأيديهم حـبس عليـهم واتفـقوا على وجـوه مـصارفـه وأنكر بعـضهم ذلـك لزمهم الإقـرار فى حصصهم، وعلى المنكر اليمين أنه ما يعـرف أن المحبس حبسه عليهم وليس له رد اليـمين لأن الحبـس ليس كالمطلـق، ولا يملك ملك البيـع من جهـة مـصيـره إلى

الأعقاب، والمرجع الذى جعله المحبس فليست يمين المدعى للحبس إذا ردت عليه عن نفسه وماله بل يمينه منقسمة على الأعقاب، والمرجع وليس يحلف أحد عن أحد، ولو أنه نكل إذا ردت اليمين عليه لم يبطل الحبس بنكوله، فهذه وجوه تمنع من رد اليمين في الحبس.

فصل

فى جميع الدعاوى

فى يمين واحدة وما لابد فيه من يمينين:

مسألة: فى المرأة تثبت كالئها على زوجها المتوفى عنها فلما وجبت عليها يمين الاستبراء طلبت أن تكون يمينها فى الكالىء وفى جميع دعاوى الورثة أن عندهم بينة على دعاويهم، فإن القاضى ينظر فى ذلك، فإن كان لا يرجو إثبات بينتهم حلفها على الكالىء وحده وكلفهم البينة على ما زعموا. قال بعضهم: فإن عجزوا عنها حلفت يمينًا أخرى على ما بقى من الدعوى، وقال بعضهم: يسألهم القاضى عن بينتهم فإن ذكروا من يرجى قبوله نظر فى قولهم، وإن ذكروا من لا يرجى لم يلتفت إلى قولهم وحلفها على الجميع، لأنهم يريدون الإضرار بها، وقال ابن سهل: جمع الدعاوى فى يمين واحدة فيه خلاف، والذى جرى به العمل جمع الدعاوى فى يمين واحدة، إلا فى يمين الرد فلا تجمع مع غيرها على ما ذهب إليه الشيخ أبو عبد الله بن عتاب. قال ابن هشام فى «مفيد الحكام»: مثال ذلك أن تكون اليمين قد وجبت على المدعى عليه ويجب له أيضًا اليمين على المدعى فيردها على المدعى عليه، فإن المدعى عليه لا يجمع ذلك فى يمين واحدة، ولابد من يمينين مفترقتين، وحكى ذلك عن شيخه أبى الطرف، وعن الشيوخ. قال ابن عتاب: هى لمالك فى «الموطأ» و«كتاب محمد»، وبه أفتى الشيخ عندما وقعت فى «أحكام ابن زياد» وفى رسم الرهون فى «العتبية» نحو هذا فى تفريق الأيمان فانظره.

قال ابن سهل: وسئل مالك عمن كان بينه وبَين امرأته منازعة فى بيت وكانت هى بنت عمه فحلف بطلاقها البتة ما لها فيه حق فجاءت بالبينة أنه لجدها وجاء

الرجل بالبينة أن أباه كان يحوزه دون إخوته ويسكنه، وجاء بشاهد واحد، فشهد أن أباه كان قد استخلصه من إخوته. قال مالك - رحمه الله تعالى: أرى أن يحلف بالله الذى لا إله إلا هو أن حقه لحق وما لها فيه حق، وأن الذى حلف عليه من الطلاق لحق ويخلى بينه وبينها، وهذه من قول مالك بن أنس فى جمع أشياء فى يمين واحدة.

قال ابن الفخار: وجه الصواب أن الدعاوى وإن كثرت فتجمعها يمين واحدة عندنا وإن كان الناس قد تنازعوا إذا كثرت الدعاوى، هل يجمعها يمين واحدة أم لا؟

ونقل ابن سهل عن أصبغ تفريق الأيمان، وكذلك نقله عن مطرف فيمن ادعى دابة أو عبدًا أو ثوبًا بيد رجل لابنه الغائب أو أبيه أو جاره على وجه الحسبة والحبس عليهم وكلهم غائب، فإن القائم فى ذلك يمكن من إيقاع البينة لأنها أشياء تحول وتفوت، فإذا أتى الغائب وقد كانت قامت له بينة عادلة حلف بالله ما باع ولا وهب ولا خرج عن ملكه بوجه حق، وإن كان إنما قام له شاهد واحد حلف مع شاهده أن حقه لحق، وحلف أيضًا أنه ما باع ولا وهب ولا خرج عن يده بوجه حق، فجعل عليه يمينين وذكروا من المسائل التى تفرق فيها الأيمان عدة مسائل.

مسألة: وإذا شهد رجل على آخر أنه حلف بطلاق زوجته أن لا يدخل الدار ودخلها وشهد عليه آخر أنه حلف أن لا يركب الدابة وركبها فقد اختلفا فى أصل الشهادة، فعليه يمينان يحلف أن ما ركب الدابة فيدفع عنه شهادة الشاهد الواحد ويحلف أنه ما دخل الدار فيدفع عنه شهادة الشاهد على دخولها؛ من «مختصر الوقار الكبير»، وإذا قلنا بتفريق الأيمان فقد يحلف ثلاثة أيمان وأكثر من ذلك.

فمن ذلك ما ذكره أبو إبراهيم الأعرج فى «طرر التهذيب» فى «كتاب العيوب» قال: إذا قام رجل بعيب سلعة والذى باعها غائب ورفع ذلك إلى الحكام، فإنه يكلفه إثبات سبعة أشياء: الابتياع، ونقد الثمن، وقدره، وأمد التبايع، وإثبات العيب الذى يوجب الرد وهو كل ما ينقص الثمن، وأنه أقدم من أمد التبايع، وإثبات الغيبة بحيث لا يعلم أبعيدة أم قريبة، ثم يكلفه ثلاثة أيمان: أنه بيع

صحيح، وأنه لم يتبرأ منه، وما أعلمه، ولا بينة له، وأنه لما اطلع بعد البيع ما رضى له، وعلى القول الآخر فله جمع ذلك فى يمين واحدة.

مسألة: ومن المواضع التى ذكروا أنه يلزم فيها بيمينين ما ذكره الشارمساحى فى «شرح الجلاب» قال: إذا أحضر المدعى خط المقر، وشهد له شاهد بأن هذا خط المقر ففيها روايتان: إحداهما أنه يحلف مع شاهده ويستحق، قال: وعلى هذه الرواية فيحلف بيمينين، لأن ذلك على جهتين مختلفتين.

فصل

فى الدعاوى التى لا توجب اليمين وحكم الخلطة

قى المتيطى: اختلف فى الدعوى إذا لم تتحقق فظاهر مسألة النكاح الثانى من «المدونة»: أن اليمين لا تجب إلا بتحقيق الدعوى، لأنه قال إذا وقع الاختلاف فى الصداق بعد الموت فإن كان قبل البناء فالقول قول المرأة أو ورثتها، وإن كان بعد البناء فالقول قول الزوج أو ورثته، غير أن اليمين لا تجب على ورثته إلا أن تدعى المرأة ورثتها عليهم العلم بأنه لم يدفع شيئًا فتجب اليمين فى ذلك عليهم.

ولا يمين على غائب ولا على من يعلم أنه عنده فلم يوجب علي ورثة الزوج اليمين حتى يدعى عليهم ورثة الزوجة المعلم، وكذلك مذهبه فى كتاب التدليس فى الدابة إذا ردت بعيب، فطلب البائع يمين المشترى أنه لم يستخدمها بعد معرفته بالعيب، فقال: لا يمين عليه إلا بتحقيق الدعوى، أو يدعى أنه أخبره بذلك مخبر، قال ابن أبى زيد: يريد مخبر صدق، أو يدل على إسقاط اليمين.

وأما ما يدل على أنها تجب بغير تحقيق الدعوى فما وقع فى «كتاب الوكالة» فى مسألة الوكيل، إذا قبض الدراهم ولم يعرفها وكذلك مسألة فى «كتاب الشفعة» فى الموهوب له الشقص أو المتصدق به عليه فقال: أخاف أنك ابتعته منه أو عاوضته سرًا أو أردتما قطع الشفعة بما أظهرتهما فاحلف لى. فقال: إن كان ممن يتهم حلفه وإلا لم يحلفه فأوجب اليمين هنا مع عدم تحقيق الدعوى.

مسألة: قال الرعينى فى كتاب «الدعوى والإنكار»: ولا تجب على أحد يمين بدعوى حد من الحدود فى قذف ولا فرية ولا مشاتمة ولا تعريض يجب به حد ولا

تعزير، ولا بدعوى قصاص فى قتل ولا جرح عمدًا ولا بدعوى الدية بقتل الخطأ، ولا جراح الخطأ، ولا بدعوى حوالة ولا حمالة ولا كفالة، ولا بدعوى نكاح، ولا بدعوى عتاقة، ولا بتدبير، ولا بدعوى أمة للولادة والسيد منكر لوطئها، ولا بدعوى وراثة ولا بدعوى نسب ولا ولاء ولا قرابة، كانت الدعوى من قبل المدعى أو من قبل أبيه أو جده أو أحد من ذوى قرابته، ولا تجب بدعوى طلاق ولا بتخيير ولا تمليك ولا خلع ولا مباراة، ولا بدعوى غصب على من ليس من أهل ذلك، ولا بدعوى سرقة على من لم يشتهر بها ولا عرف أنه ذهب للمدعى شىء إلا بقوله، ولا بدعوى امرأة على رجل صالح أنه غصبها نفسها، ولو جاءت تدمى، ولا يمين بدعوى شىء مما ذكرناه.

تنبيه: نظر قول الرعينى ولا بدعوى كفالة ففى «المدونة» عن ابن القاسم: إذا ادعى رجل على رجل كفالة، فقال ابن القاسم: لابد من الخلطة، قال ابن راشد: يريد خلطة صحبة ومؤاخاة لا خلطة مبايعة، قال ابن محرز: ظاهر «المدونة» أن الخلطة تعتبر بصحبة مدعى الدين، والمدعى عليه الحمالة، والصواب عندي أنه يراعي ذلك من الغريم والمدعى عليه الحمالة، ووجه ابن يونس ظاهر «المدونة» بأن الذى له الدين يقول: إنما وثقت بمبايعة من لا أعرف لكفالته إياه؛ فلذلك توجهت له عليه اليمين.

وقال أبو عمرو بن الحاجب: كل دعوي لا تثبت إلا بشاهدين فلا يمين بمجردهما، ولا ترد كالقتل العمد والطلاق والعتق والنسب والولاء والرجعة ويلحق بذلك الإسلام والردة والكتابة والتدبير والبلوغ والجرح والتعديل والشرب والحرابة والشركة والإحلال والإحصان، وكذلك الوكالة والوصية عند أشهب، فهذه المواضع مع ما ذكره الرعينى لا يمين بمجردها.

ويلحق بذلك مسائل:

منها: من ادعى على رجل أنه باع سلعة فأنكر المدعى عليه فليس للمدعى أن يحلفه.

ومنها: لو ادعى على رجل أنه اشترى منه سلعة فلا يمين على المدعي عليه الشراء.

ومنها: لو ادعى عليه أنه أشركه فيها أو ولاه إياها فكما تقدم، أما دعوى الإقالة فتجب فيها اليمين، قال ابن سهل: وكان ابن عتاب يقول: لا تجب اليمين بدعوى الإقالة إلا أن يأتى بشبهة تقوى بها دعواه، وبه كان يفتى.

ومنها: أن من قامت عليه فليس له أن يحلف المدعى ما لم يتقدم الدعوى الصحيحة بيع أو إبراء؛ قاله ابن شاس.

ومنها: من باع سلعة لرجل أو اشترى لرجل سلعة وزعم أنه وكيل في الصورتين وأنكر المدعى عليه الوكالة فلا يمين عليه.

ومنها: أن من اشترى عبدًا أو دابة وقال للبائع: احلف لى أنه ما له عيب تعلمه ولا كتمته، فليس ذلك له.

ومنها: إذا ظهر بالعبد أو الدابة عيب قديم فوجب به الرد فقال للمشترى: احلف أنك ما رضيته بعد علمك به فلا يمين عليه بقول البائع إلا أن يقول أخبرنى مخبر صدق أنك رضيته بعد العلم فينكر، فتجب عليه اليمين.

ومنها: الرجل يشترى العبد فيأبق فيقول للبائع: احلف أنه ما أبق عندك فلا يمين عليه، إلا أن يقول أخبرنى مخبر صدق أنه أبق عندك فحينئذ يحلف، وغير ابن القاسم عليه اليمين إذا أبق، لأنه عيب قد ظهر.

ومنها: إذا اشترى عبد أو يتيم سلعة أو باعها فأرادها السيد أو الوصى فسخ ذلك فأراد المشترى منهما أو البائع أن يحلف السيد والوصى أنهما ما أذنا لهما فى ذلك؛ من كتاب «الرعينى».

ومنها: لو ادعى رجل على رجل حقًا من شركة فأنكر المدعى عليه الشركة فلا يمين على المدعى عليه، إلا أن يقر بالشركة، أو تقوم بذلك البينة فيحلف على إبطال دعوى المدعى.

ومنها: إذا اعدى رجل على صانع أنه دفع إليه شيئًا ليصنعه أى الصناعات كانت، صباغًا أو خياطًا أو غيرهما من جميع الصناعات، وأنكر الآخر أن يكون قبض منه شيئًا فعلى المدعى البينة، فإن لم تكن له بينة وسأل الحاكم أن يحلف له الصانع على دعواه فليس له ذلك، إلا أن تقوم بينة يشهدون أن المدعى يعامل عليه

فى مثل تلك الصناعة التى ادعى، فحينئذ تجب اليمين، فإن حلف برىء وإن نكل حلف المدعى وغرم الصانع، وإن نكل المدعى عن اليمين فلا شىء له ولا ترد اليمين على الصانع.

تنبيه: ظاهر هذا خلاف ما سيأتى فى كلام الرعينى أن الصناع تجب عليهم اليمين دون ثبوت خلطة، وكذا فى كلام المتيطى فى توجه اليمين على الصناع فيما ادعى به عليهم وإن لم تثبت الخلطة فتأمله.

ومنها: إذا ادعى رجل أنه أكره داره أو حانوته أو حمامه أو رحاه ودابته فأنكر المدعى عليه ذلك، فعلى المدعى البينة، فإن لم تكن له بينة فلا يمين على رب هذه الأشياء، إلا أن يكون رب هذه الأشياء قد أوقفها لذلك، أو يكون هذا المدعى ممن علم أنه قد عامله بذلك، أو كان المدعى عليه ممن يعرف بالكراء لهذه الأشياء وتقوم على ذلك بينة أو إقرار، فإذا ثبت ذلك وجبت اليمين على المنكر منهما رب الدار، أو المستأجر، أو صاحب الدابة.

ومنها: لو ادعى على رجل أنه عاجله على القراض فأنكر المدعى عليه كان العامل أو رب المال، فليس على المدعى لذلك بينة ولا على المنكر يمين لأنهما لم يتصادقا على ذلك.

ومنها: إذا ادعى على رجل أنه ساقاه على حوائطه وأنكر ذلك الأجر، فعلى المدعى البينة لا يمين على المنكر، إلا أن تقوم بينة أنهما تساوما على ذلك قبل هذا، أو يقران بذلك، فحينئذ تجب اليمين على المنكر منهما، فإن حلف برىء، وإن نكل حلف الآخر، وتثبت المساقاة وإن نكلا جميعًا فسخت، وهذا باب واسع وسيأتى كثير منه فى «باب القضاء بقول المدعى والمدعى عليه».

فصل

فى الخلطة وما يوجبها

وما تجب فيه اليمين بغير خلطة

وفى كتاب «الدعوى والإنكار» للرعينى: وإذا أنكر المدعى عليه دعوى المدعى ولم يكن للمدعي بينة على أصل حقه، ولا أقر المدعى عليه بخلطة المدعى، فالذى

يوجب اليمين على المدعى عليه أن يشهد عدلان حران لا مدفع للمدعى عليه فيهما، فيقولان: عرفنا هذين الشخصين يتبايعان مرتين أو ثلاثا، ولم نعلم بينهما مفاصلة منذ عرفناهما شريكين، ولا نعلم علام افترقا، أو أنهما كانا متقارضين أو متساقيين، أو أن أحدهما أجير لصاحبه أو أجر منه عبده أو داره أو دابته، أو كان أحدهما صانعًا أو صباغًا أو خياطًا أو صائغًا أو غير ذلك من جميع الصناعات والأكرية والإجارات، فإذا شهد الشاهدان بهذا أوجبت اليمين على المدعى عليه، فإن حلف برىء وإن نكل ردت اليمين على المدعى، وإن لم يطلب ذلك المدعى عليه نبهه الحاكم على ذلك، فإن حلف المدعى أخذ، وإن نكل بطلت دعواه.

تنبيه: وفائدة قولهم: إنه بايعه مرتين أو ثلاثًا؛ أنه لو بايعه مرة بالنقد وقبض الثمن وتفاصلا فإن ذلك لا يكون خلطة لأنه لم يبق بينهما بقية توجب اليمين، ثم حيث اعتبرنا الخلطة فإنما نعتبرها فيما كان من الدعاوى المشبهة عرفًا، فأما ما يشبه من الدعاوى فسيأتى ذكره قريبًا.

ويعقد فى إثبات الخلطة شهد من يسمى أسفل هذا العقد من الشهداء أنهم يعرفون فلانًا وفلانًا معرفة صحيحة تامة بعينهما وأساميهما، ويعرفون فلانًا مخالطًا لفلان بن فلان ومداخلاً له من كذا وكذا عامًا، ولا يعلمون ذلك انقطع بينهما فى علمهم إلى حين إيقاع شهادتهم فى تاريخ كذا، ويذكر فيه تعريف الشاهدين بهما إن لم يكن القاضى يعرفهما، وفائدة التحديد بالتاريخ أن تكون الدعوى داخلة فى مدة التحديد، فلو كانت قبلها لم تجب اليمين إلا بثبوت الخلطة.

مسألة: قال ابن الهندى فى «وثائقه»: وقد رأيت بعض من كان يقتدى به وهو الفقيه أبو العباس أحمد بن عبد الله اللؤلؤى يتوسط فى إثبات الخلطة، فيرى أنه إذا ادعي الإشكال بعضهم على بعض دعاوى توجب الأيمان فإنها تجب، وإذا ادعى على الرجل العدل المبرز من ليس من شكله ولا نمطه لم تجب له اليمين عليه إلا بثبوت الخلطة.

مسألة: وفى «المتيطية»: وفسر أصبغ الخلطة فلم ير الذين يصلون فى مسجد واحد ولا الجلساء فى الأسواق والجيران خلطاء، ولم يرها إلا بتكرار المبايعة، وأن

يبيع منه بالنسيئة، وقد تقام فائدة اشتراط تكرار المبايعة، وهى الفائدة أيضًا فى اشتراط النسيئة.

تنبيه: ووقع فى كلام ابن رشد التفرقة بين خلطة المبايعة وبين خلطة المصاحبة والمؤاخاة، وقد تقدم التنبيه على ذلك عقيب كلام الرعينى فى الدعاوى التى لا توجب اليمين على المدعى عليه.

مسألة: وإن لم يكن له على الخلطة إلا شاهد واحد فالمشهور أنه لا يحلف مع شاهده على إثبات الخلطة، وقال ابن كنانة: تثبت الخلطة بشهادة رجل واحد وامرأة واحدة بغير يمين، قال ابن راشد: وقول ابن كنانة أحسن وهو مروى عن ابن القاسم لأن المراد إثبات لطخ الدعوى، وذلك يحصل بالمرة، وقال محمد: لا تثبت بشاهد ودون يمين، قال ابن سهل: وفى «كتاب ابن المواز»: من أقام بالخلطة شاهدًا واحدًا حلف معه وتثبت الخلطة، ثم يحلف المطلوب حينئذ، وقاله ابن نافع وابن كنانة أيضًا.

فرع: واختلف إذا شهد عليه شاهدان فدفعهما بدعوى العدواة هل تجب له عليه يمين بغير خلطة أو لا؟ قولان، المشهور: لا تجب.

فرع: وفى «أحكام ابن بطال»: أن المدعى إذا أحضر خط المدعى عليه وثبت أنه خطه فهو كثبوت إقراره تجب به الخلطة.

مسألة: قال ابن الفخار فى الكتاب الذى رد فيه على ابن العطار: ويجب ثبوت الخلطة فى المبايعة بين الأب وولده.

مسألة: وهذا التفريغ المتقدم كله علي المشهور، وهو اعتبار الخلطة واشتراطها، وقال ابن نافع: إنها لا تشترط، وفى «المتيطية»: عن ابن عبد الحكم مثله، وأن اليمين تجب على المدعى عليه دون خلطه، وبه أخذ ابن لبابة وغيره من المتأخرين، لقوله ﷺ: «**البينة على المدعى واليمين على من أنكر**».

مسألة: وفى «المتيطية»: ولا تكون الخلطة فى دعوى بيع العقار بالمبايعة الواحدة، ولا تجب اليمين فى بيع العقار إلا بشبهة وهو الشاهد العدل فى قول ابن القاسم.

تنبيه: وثبوت الخلطة يوجب اليمين علـى المطلوب فى دعوى السلف أو الوديعة أو المقـارضة أو الشـركة ومـا أشبـه ذلك، إن كـانت هذه الدعوى بعـد المدة التي يحددها الشهود، ولذلك يحتاج إلى تحديدها، وهذه المسئلة من جملة المسائل التى لابد من تحديد الأمـد فيهـا، وكذلك شهـادة السمـاع فى الحبس وشهـادة الضرر للاختـلاف فى مدة الحـيازة فى ذلك، وإن قـال إن ذلك كان فى مـدة الأمد الذى تحدده الشهـود للخلطة لم تجب اليمين فيه إلا ثبـوت الخلطة فى مدة الدعوى، ولا تجب بمثل هذه الخلطة يمين فى دعوى مبايعة فى عقـار أو متاع أو عبيد أو حيوان أو عروض.

مسألة: قال ابن سـهل: قال غير واحـد من المتأخرين: إنما تراعى الخلطة فـيما يتعلق بالـذمم من الحقوق، وأمـا الأشياء المعـينة التى يقع التداعى فـيما بينهـما، فاليمين لاحقة من غير خلطة، وقيل: لا تجب اليمين إلا بالخلطة فى الأشياء المعينة وغـيرها. قـال عبـد الحق: وهذا أبين عندى لأن الخلطة إنما رآه العلمـاء للمضـرة الداخلة لو سمع من كل مدعٍ.

فصل

تجب اليمين بمجرد الدعوى دون خلطة فى مواضع

منها: أهل التهم والعداء والظلم.

ومنها: الصناع فيمـا ادعى عليهم من أعمالهم أنهم استـصنعوهم، وكذلك هى على أهل الأسـواق وأرباب الحوانيت، فـيمـا ادعى عليهم أنهم باعـوه مما يديرونه ويتجـرون فيه دون خلطة أيضًـا، وإن ادعى على أحد منهم فى غيـر ما يديره ولا يتجرأ به، فلا يمين عليه فيه إلا بشبهة.

ومنها: التجار لمن تاجرهم.

ومنها: الرجل يحضر المزايدة فيقول البائع: بعتك بكذا، ويقول المبتاع: بل بكذا.

ومنها: الرفقاء فى السفر يدعى بعضهم على بعض.

ومنها: الرجل يتضيف عند الرجل فيدعى عليه.

ومنهـا: الرجل يوصى عند الموت أن له علـى فلان كـذا، ويوصى أن يتقـاضى منه؛ ابن راشد.

ومنها: الغريب ينزل المدينة فيدعى أنه استودع رجلاً مالاً.

ومنها: إذا ادعى ورثة متوفى على رجل، بأن لمورثهم مالا عليه من وجه نصوه، فأنكر المدعى عليـه اليمين للورثة دون ثبوت الخلطة، لأن من ادعى بسـبب متوفى فهو بخلاف الحي عند أهل العلم.

ومنها: لو باع رجل سلعة رجل، وادعى أنه أمره بـبيعها وأنكره صاحـبها وهى قائمة بعينها، فإنه يحلف ويأخذها.

ومنها: القـاتل يدعى أن ولى المقتـول عفـا عنه، ففى «أحكام ابن سـهل» عن مالك: أنه يحلف وأنكره أشهب.

ومنها: أن كل من كان متـهمًا بما ادعى عليه من المعاملات، فـإن اليمين تتعلق به.

ومنها: لو لقى رجلا فادعى عليه بقية كراء، حلف المدعى عليه أنه ما اكترى منه شيـئًا وكـذلك إن كان المدعى عليه هـو صاحب الدابة، حلف إن كان مـنكرًا ذكر المتيطـى منها سبـعة. وبعـضهـا من «أحكام ابن سهل»، وبعـضها مـن «الدعوى والإنكار» للرعينى.

***

القسم السابع

فى ذكر البينات

وفيه مقدمة تشتمل على عشرة فصول

الفصل الأول: فى التعريف بحقيقة البينة.

الفصل الثانى: فى أقسام مستند علم الشاهد.

الفصل الثالث: فى حد الشهادة وحكمها وما تجب فيه.

الفصل الرابع: فى مراتب الشهود.

الفصل الخامس: من صفات الحقوق ومراتب الشهادات.

الفصل السادس: فى صفات الشاهد وذكر موانع القبول.

الفصل السابع: فيما ينبغى للشهود التنبه له فى التحمل والأداء.

الفصل الثامن: فيما ينبغى للقاضى أن يتنبه له فى أداء الشهادات.

الفصل التاسع: فيما يحدثه الشاهد بعد شهادته فتبطل.

الفصل العاشر: فى صفة أداء الشهادة واللفظ الذى يصح به أداؤها.

***

الفصل الأول

فى التعريف بحقيقتها وموضعها شرعًا

اعلم أن البينة اسم لكل ما يبين الحق ويظهره، وسمى النبى عليه الصلاة والسلام الشهود بينة لوقوع البيان بقولهم وارتفاع الإشكال بشهادتهم، كوقوع البيان بقول الرسول عليه السلام؛ قاله أحمد بن موسى بن نصر النحوى، فى «كتاب الحسبة». وقال ابن قيم الجوزية ولم تأت البينة فى القرآن الكريم مرادًا بها الشهود. وإنما أتت مرادًا بها الحجة والدليل والبرهان مفردة ومجموعة.

ونقل ابن الفرس فى «أحكام القرآن» عن القاضى إسماعيل: أن العمل بالحكم بالقرائن فى مثل اختلاف الزوجين غير مخالف، لقوله ﷺ: «**البينة على المدعى، واليمين على من أنكر**»؛ لأنه ﷺ لم يرد بهذا الحديث، إلا المواضع الذى تمكن فيه البينة وإلى هذا ذهب أحمد بن حنبل فمتى وجدت القرائن التى تقوم مقام البينة عمل بها.

وقد ورد فى القرآن الكريم: قصة يوسف فى قد القميص، وإقامة ذلك مقام الشهود. قال ابن الفرس: هذه الآية يحتج بها العلماء من يرى الحكم بالأمارات والعلامات فيما لا تحضره البينات. وقال تعالى ﴿**وَجَاءُوا عَلَىٰ قَمِيصِهِ بِدَمٍ كَذِبٍ**﴾ [يوسف: ١٨]. قال عبد المنعم بن الفرس: روى أن أخوة يوسف لما أتوا بقميصه إلى أبيهم، تأمله فلم ير فيه خرقًا ولا أثر ناب، فاستدل بذلك على كذبهم، وقال لهم: متى كان الذئب حليمًا يأكل يوسف ولا يخرق قميصه؟

قال القرطبى: قال علماؤنا لما أرادوا أن يجعلوا الدم علامة صدقهم، قرن الله بهذه العلامة علامة تكذبها، وهى سلامة القميص، وأجمعوا على أن يعقوب استدل على كذبهم بصحة القميص، فاستدل الفقهاء بهذه الآية فى إعمال الأمارات فى كثير من مسائل الفقه، وأقاموها مقام البينة، فإن قيل: هذه أمور وردت فى غير شرعنا فلا تلزمنا، فالجواب على ذلك مذكور فى باب الحكم بالقرائن.

وقال تعالى: ﴿**تعرفهم بسيماهم**﴾ [النساء: ٢٧٣] قال ابن الفرس: قال أبو الحسن كياه[1] لما قال الله تعالى: ﴿**تعرفهم بسيماهم**﴾ [النساء: ٢٧٣] دل على أن المراد بالسيما، حال يظهر على شخص، حتى إذا رأينا ميتًا فى دار الإسلام وعليه زنار وهو غير مختون، فإنه لا يدفن فى مقابر المسلمين ولا يصلى عليه ويقدم ذلك على حكم الدار فى قول أكثر العلماء، ويقوم ذلك قمام البينة ومثله قوله تعالى: ﴿**وَلَتَعْرِفَنَّهُمْ فِي لَحْنِ الْقَوْلِ**﴾ [محمد: ٣٠] وورد فى الصحيح: قوله ﷺ فى غزوة حنين «**من قتل قتيلا له عليه بينة فله سلبه**» فقال أبو قتادة: فقمت فقلت: من يشهد لى؟ ثم جلست، ثم قال ذلك الثالثة، فقمت فقال ﷺ: «**مالك يا أبا قتادة**» فاقتصصت عليه القصة، فقال رجل من القوم: صدق يا رسول الله، وسلب ذلك

(١) هكذا بالأصل، ولعلها (كما قال الله تعالى).

القتيل عندى، فأرضه منه يا رسول الله. فقال أبو بكر رضى الله عنه: لاها الله إذًا لا يعمد إلى أسد من أسد الله، يقاتل عن الله ورسوله فيعطيك سلبه، فقال رسول الله ﷺ: «**صدق فأعطه إياه**» فأعطانيه، فبعث الدرع فاشتريت به مخرفًا فى بنى سلمة فإنه لأول مال تأثلته فى الإسلام.

قال القاضى أبو الوليد الباجى: احتج أصحابنا بأن رسول الله ﷺ دفع السلب إلى أبى قتادة، بقول واحد دون يمين، فدل على أنه يقبل فيه الواحد، وإذا كان كذلك فيكون طريقه الخبر لا الشهادة. قال الباجى: وعندى أنه يجوز فى ذلك قبول الواحد، وإلا فظاهر البينة فى قوله ﷺ: «**له عليه بينة يقتضى الشهادة**». ولا تكون إلا بشاهد ويمين، ولكن لما ظهر صدق أبى قتادة لرسول الله ﷺ بشهادة الرجل، وذكر القصة اكتفى بذلك، ومن ذلك ما وقع فى غزوة بدر لابنى عفراء، لما تداعيا قتل أبى جهل، فقال لهما رسول الله ﷺ: «**هل مسحتما سيفيكما؟**» فقالا: لا، فقال: «**أريانى سيفيكما**» فلما نظر إليهما قال: «**هذا قتله**»، وقضى له بسلبه، فاعتمد على الأثر فى السيف.

وكذلك فى قصة قتل ابن أبى الحقيق، لما دخل أصحاب رسول الله ﷺ فى بيته ليلا فضربوه بسيوفهم، وغرز أحدهم السيف فى بطنه حتى خرج من ظهره، فلما نظر رسول الله ﷺ إلى سيوفهم، وجد فى ذلك السيف أثر الطعام فقال: «**هذا قتله**»، وحكم ﷺ بموجب اللوث، ونزله منزلة الشاهد، وجعل لولاة الدم أن يحلفوا معه.

وكذلك جعل معرفة العفاص والوكاء قائمًا مقام البينة، وكذلك حكم رسول الله ﷺ بالقافة وجعلها دليلاً على ثبوت النسب.

ومن ذلك حكم عمر -رضى الله عنه- برجم المرأة إذا ظهر بها حمل، وليس لها زوج، وجعل ذلك يقوم مقام البينة فى أنها زانية، وكذلك إذا قاء الخمر وغير ذلك مما يطول تعداده، وقد استوعبناه فى «باب الحكم بالقرائن»، فمتى ظهر الحق وأسفرت طريق العدل، فتم شرع الله ودينه، ولما كانت البينات مرتبة بحسب الحقوق المشهود فيها، والمحتاج إلى إقامتها، وما هى عليه من التوسعة والتضييق

والتـثقـيل والتخـفيف، وإمكان الـتوثيق وتعـذره، واختـلاف مراتبـها فى القـوة والضعف، احتجنا إلى ذكرها وعد أنواعها وتمثيل مسائلها.

وقد ذكـر القاضى عبد الـوهاب -رحمه الله تعالى- منهـا فى «المعونة» خمـسة عشـر وجهـاً، وكذلك القاضى أبو الولـيد بن رشد فى «المقـدمات»، وزاد عليـها القرافى فى «القواعد» وعدها سبعة عشر نوعًا، وهى أضعاف ذلك بحسب الاعتبار الذى أسـسوه، والطريق الذى سلكوه، فـانظرها فى «القواعـد» فى الفرق الثـامن والثلاثين والمائتين، وذكره القاضى عبد الوهاب فى «باب الشهادات»، ولهم رحمة الله عليهم فضيلة السبق وفـتح باب التوسع فى الفهم، ويندرج فى سلك البينات، وما يقوم مـقامها ذكـر ما تفصل به الأحكام من الصلح والإقرار ومـا أشبه ذلك، والله المستعان.

***

الفصل الثانى

فى أقسام مستند علم الشاهد

ولا يصح للشاهد شهادته بشئ حتى يحصل له به العلم، إذ لا تصح الشهادة إلا بما علم، وقطع بمعرفته لا بما شك فيه، ولا بما يغلب على الظن معرفته، قال الله تعالى: ﴿**وَمَا شَهِدْنَا إِلاَّ بِمَا عَلِمْنَا**﴾ [يوسف: ٨١]، وقد يلحق الظن الغالب باليقين للضرورة فى مواضع يأتى ذكرها، كالشهادة فى التفليس وحصر الورثة وما أشبه ذلك، وقد تقدم فى فصل الشهادة على النفى شئ من هذا والعالم يدرك بأحد أربعة أشياء.

الأول: العقل بانفراده، فإنه يدرك بعض العلوم الضروريات، مثل: أن الاثنين أكثر من الواحد، فيعلم به حال نفسه من صحته وسقمه وإيمانه وكفره، وتصح بذلك شهادته على نفسه وما أشبه ذلك.

الثانى: العقل مع الحواس الخمس، حاسة السمع، وحاسة البصر، وحاسة الشم، وحاسة الذوق، وحاسة اللمس، فيدرك بالعقل مع حاسة السمع الكلام وجميع الأصوات، ولذلك نجيز بشهادة الأعمى على الأقوال، إذا كان المشهود عليه قد لازمه كثيرًا حتى يتحقق الأعمى كلامه ويقطع عليه وكذلك نجيز شهادة الاستغفال، وسيأتى ذكرها. ويدرك بالعقل مع حاسة البصر جميع الأجسام والأعراض والمبصرات، ولذلك نجيز شهادة الأصم على الأفعال، ونجيز الشهادة على الخط، ويدرك بالعقل مع حاسة الشم جميع الروائح والمشمومات، فيدرك بها حال السكر، فيراق الخمر، ويحد شاربها بالشهادة على الرائحة وسيأتى بيان ذلك ويدرك بالعقل مع حاسة الذوق جميع الطعوم المذوقات، ولذلك تجوز الشهادة به فى اختلاف المتبايعين فى صفة المبيع، كالزيت الحلو وعكسه، والعسل الشتوى والزبيب والسمن المتغير، وغير ذلك مما يكثر ذكره. ويدرك بالعقل مع حاسة اللمس جميع الملموسات على اختلاف أنواعها، ونجيز شهادة أهل المعرفة فى اختلاف المتابعين فى صفة المبيع فى اللين والخشونة وما أشبه ذلك.

الثالث: حصول العلم بالأخبار المتواترة، فإنه يحصل به العلم بالبلدان النائية والقرون الماضية، وظهور النبى ﷺ ودعائه إلى الإسلام، وقواعد الشرع ومعالم الدين، وكذلك تجوز الشهادة بما علم من جهة الأخبار الصحيحة فى باب الولاء والنسب والموت وولاية القاضى وعزله وضرر الزوجين وما أشبه ذلك، وقد استوعبت ذلك فى «باب القضاء بشهادة السماع»، قال ابن رشد فى «المقدمات»: فالعلم المدرك من هذه الوجوه الثلاثة علم ضرورة، يلزم النفس لزومًا لا يمكنه الانفصال منه، ولا الشك فيه.

الرابع: العلم المدرك بالنظر والاستدلال، فالشهادة بما علم من جهة النظر والاستدلال جائزة، كما تجوز بما علم من جهة الضرورة، وذلك مثل ما روى أن أبا هريرة شهد أن رجلاً قاء خمرًا فقال له عمر: أتشهد أنه شربها؟ فقال: أشهد أنه قاءها، فقال عمر: ما هذا التعمق؟ فلا وربك ما قاءها حتى شربها، ومن ذلك شهادة الحكماء فى قدم العيوب وحدوثها، وشهادة أهل المعرفة فى قدم الضرر وحدوثه، والشهادة فى معاقد القمط فى الحيطان وما أشبه ذلك. ومن هذا المعنى: شهادة أمة محمد ﷺ يوم القيامة للنبيين على أممهم بالبلاغ، وشهادة المؤمن بأن الله وحده لا شريك له، وأنه حى عالم قادر، إلى غير ذلك من الصفات التى هو عليها، لعلمه بذلك من جهة النظر والاستدلال، وهذا باب واسع.

***

الفصل الثالث

فى حد الشهادة وحكمها وحكمتها وما تجب فيه

أما حد الشهادة: فهو إخبار يتعلق بمعين، وبقيد التعيين تفارق الرواية، وأما حكمها: فله حالتان: حالة تحمل، وحالة أداء فأما التحمل: وهو أن يدعى ليشهد ويستحفظ الشهادة، فإن ذلك فرض كفاية يحمله بعض الناس عن بعض، حيث يفتقر إلى ذلك، ويخشى تلف الحق بعدم الشهادة، فإن كان الرجل فى موضع ليس فيه من يحتمل ذلك عنه، تعين الفرض عليه فى خاصته. قال ابن رشد: ومن أهل العلم من ذهب إلى أنه واجب على كل من دعى إلى شهادة أن يجيب سواء دعى إلى أن يستحفظ الشهادة، أو يؤدى ما حفظ، لقول الله عز وجل: ﴿وَلا يَأْبَ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا﴾ [البقرة: ٢٨٢]، وليس ذلك بصحيح، لأن الشاهد لا يصح أن يسمى شاهدًا إلا بعد أن يكون عنده علم بالشهادة، وأما قبل أن يعلم بها فليس بشاهد، ولا يدخل تحت قوله تعالى: ﴿وَلا يَأْبَ الشُّهَدَاءُ﴾ [البقرة: ٢٨٢] إلا من هو شاهد.

تنبيه: فى التحمل من «أحكام ابن بطال»، أشهب فى «سماعه»: إذا دعى رجل إلى أن يشهد على من لا يعرفه، فلا يفعل إلا أن يشهد معه من يعرفه. وسئل مالك عن ذلك فقال: أحب إلى أن لا يفعل، وأن الناس يشهدون ويكون فيهم من يعرفه وفى ذلك سعة.

مسألة: إذا عرف الشاهد عين المشهود عليه، ولم يعرف عين المشهود له، ووجد اسمه فى الوثيقة بخط يده، فلا يشهد فيها إلا أن يتبين وأما إن لم يعرفهما جميعًا فلا يشهد، وكذلك إذا عرف المشهود له ولم يعرف المشهود، لم يشهد، البتة من نوازل سحنون ذكره ابن هشام، وأما الأداء وهو أن يدعى ليشهد بما علمه واتسحفظ إياه فإن ذلك واجب عليه للآية المتقدمة. ولقوله تعالى: «ولا تكتموا الشهادة» وقوله تعالى: ﴿وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ﴾ [الطلاق: ٢]

فصل: فإذا تقرر أن هذا حكم الأداء. فمن كانت عنده شهادة فلا يحل له أن

يكتمهـا، ويلزمه إذا دعى إليها أن يقـوم بها، وأما إذا لم يدع إلى القيام بهـا فهذا ينقسم على وجهين:

أحدهما: أن يكون حقًا لله تعالى.

والثانى: أن يكون حقًا لآدمى.

فأمـا إن كان حقًا لله عـز وجل فإنه ينقسـم إلى قسمين: قـسم لا يستدام فـيه التحريم، وقسم يستدام فيه التحريم. فأما ما لا يستدام فيه التحريم، كالزنا وشرب الخمر وما أشبـه ذلك، فلا يضر الشاهد ترك إخباره بالشهـادة، لأن ذلك ستر ستره عليه، والأصل فى ذلك قـول رسول الله ﷺ لهذال فى قضيـة ما عز: **«هلا سترته بردائك»** وأشار ابن رشد إلى أن هذا فى حق من يندر منه ذلك. وأما من كثر ذلك منه، وعلم أنه مـشتهـر ولا ينفك عنه، فينبغى أن يشـهد عليـه، وأن يعلم الإمام بذلك، فقد قـال ابن القاسم فى «المجموعـة»: يكتمونه الشهـادة، ولا يشهدوا فى ذلك إلا فى تجـريح إن شهـد على أحد. وأمـا ما يسـتدام فيـه التحـريم كالعـتق والطلاق، والخلع والرضاع، والعـفو عن القصـاص، وتملك الأحباس، والمسـاجد والقناطر، وما أشبه ذلك، فـيلزمه أن يخبر بشهادته، ويقـوم بها عليه عند الحاكم، فإن لم يخبر بشهادته سقطت شهادته، لأن سكوته عن ذلك جرحة، إلا أن يثبت أن له عذرًا فى عدم القيام. قال ابن عبد السلام: ظاهر كلام ابن رشد، أنه اختلف فى تجريح الشاهد بذلك، فإنه اختلف فى بطلان شهادته بالسكوت، فإن كان هو المنكر عليه وهو القائم بالشهادة فاخـتلف، هل تقبل شهادته أم لا؟ ذهب ابن القاسم إلى أنه لا تجوز شهادته إذا كان هو القائم بها، وذهب مطرف وابن الماجشون وأصبغ إلى أن شهادته جائزة، وكذلك الحكم لو كانوا جماعة هم القائمون عليه وهم الشهود.

تنبيه: ويستثنى من ذلك مـسألة ذكرها ابن المواز قال: إذا أخـذ صاحب الشرطة سكرانًا فسجنه وشـهد عليه هو وآخر معـه، فلا تجوز شهادته، لأنه صار خـصمًا بسجنه، ولو رفعه قبل أن يسجنه جـازت شهادته عليه، إن كان عدلاً مع آخر؛ من ابن يونس. أمـا إن قام غـيره بالشـهادة سـقط عنه الفـرض، وكان قـيامـه بذلك استحبابًـا، لأن فيها عونًا على إقامة الحق، وإن لم يقم بالشهـادة سواه لكون غيره أبى أو منعة مانع، تعين علية القيام فـيها، وأما الضرب الآخر: وهو أن يكون حقًا لآدمى، فيلزمه أن يخبر بشهادته صاحب الحق، فإن لم يفعل فروى عيسى عن ابن

القاسم: أن شهادته تبطل، وذهب سحنون إلى أنها لا تبطل وقد وقع فى «المبسوطة» لأشهب ما ظاهره أن شهادته لا تبطل بالسكوت، وترك الإخبار فى حقوق الله تعالى ولا فى حقوق العباد، قال ابن رشد: وهو بعيد، وفى «مفيد الحكام» تفصيل آخر، فقال: قال ابن رشد فى كتاب «الشرح» له: الشهادات تنقسم على خمسة أقسام: قسم لا تصح الشهادة به إلا بعد أن يدعى إلى أداء الشهادة، وهى الشهادة الخاصة بالمال. وقسم يلزمه القيام به وإن لم يدع إليه، وهى الشهادة بما يستدام فيه التحريم مثل: الطلاق والعتق، وشبه ذلك، إلا على ظاهر قول أشهب. وقسم مختلف فيه على قولين، أعنى فى وجوب القيام بها، وهى الشهادة بالمال للغائب. وقسم منها لا يلزم القيام بها إذا لم يدع إليها، وهى الشهادة على ما مضى من الحدود التى لا يتعلق بها حق المخلوق، كالزنا وشرب الخمر، فهذا لا يلزم القيام به، ويستحب فيه الستر إلا فى المشتهر وقسم منها لا يجوز للشاهد القيام بها، وإن دعى إليها وهى : الشهادة من باطنها خلاف ظاهرها.

مسألة: وإذا قلنا تبطل شهادته، فهل يكون جرحة أم لا؟. قال ابن القاسم فى رواية عيسى فى الشاهد يرى ملك رجل يباع، أو يحول عن حاله: ذلك جرحة فى الشاهد حين رأى ذلك ولم يعلم بشهادته.

وقال الباجى: وعندى أن ذلك إنما يكون جرحة، إذا علم الشاهد أنه إن كتم ولم يعلم بشهادته بطل الحق، وأدخل بذلك مضرة أو معرة، أما غير هذا فلا يلزمه القيام بها، لأنه لا يدرى لعل صاحب الحق قد تركه. قال ابن عبد السلام: ينبغى لهذا الشاهد أن يعلم من له الحق بأن له عنده شهادة بكذا، وإلا فقد يكون رب الحق حاضرًا، ويمنعه من القيام أن ليس لحقه شاهد، وينبغى لهذا الشاهد أن ينكر على المتصرف فى مال غيره، وفى «باب القضاء بالشهادات المكتومة» كثير من هذه المسائل.

فصل: قال سحنون: وكل من يعلم أن الإمام لا يقبل شهادته، لجرحة فيه، أو لعداوة بينه وبين المشهود عليه أو لغير ذلك مما ترد به شهادته، فلا يلزمه أن يشهد، فإن شهد فليخبر الحاكم أنه عدو للمشهود عليه، أو قريب للمشهود له، وإذا شهد مجرح فلا يخبر القاضى بجرحته، لئلا يبطل الحق، وقيل: بل يخبر القاضى بجرحته، كما لو كان عبدًا أو نصرانيًا فعليه أن يخبره بذلك؛ من «ابن يونس».

فصل: وإذا قلنا بوجوب أداء الشهادة التى استحفظها، فإن كان واحدًا وذلك فيما يقبل فيه الشاهد واليمين تعين عليه الأداء، وكذلك إن كان اثنين وإن كانوا أزيد، فالأداء عليهم فرض كفاية، إلا أن لا يكتفى القاضى بالاثنين اللذين أديا أولا لمانع من قبول شهادتهما أو شهادة أحدهما، فيتعين على الثالث، ومن لا يتم الحكم إلا بشهادته يلزمه أن يؤدى شهادته ولا يحل لأحد الشاهدين أن يمتنع من الأداء، ويحيل المشهود له على يمينه مع الشاهد الآخر، لأن فى الحلف كلفة، وكثير من الناس من يكره اليمين ولو تحقق صدق حلفه. فإن فعل الشاهد ذلك فهو آثم لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ﴾ [البقرة:٢٨٣] الآية؛ قاله ابن راشد.

مسألة: قالوا: ويتعين عليه الأداء، إذا كان على نحو البريدين لقلة المشقة، فإن كانت المسافة أكثر من بريدين، لم يجب عليه الإتيان، وتحديد البريدين لا يقوم عليه دليل، والأصل فى ذلك وجود المشقة وانتفاؤها، فإذا كانت المسافة لا يجب منها الأداء، فإن القاضى يكتب إلى رجل من ثقته، فيوقع هذا الشاهد شهادته عنده، ويكتب إلى القاضى بما أدى عنده فينظر فيه.

مسألة: فإذا قلنا: إنه يلزم الشاهد الأداء من نحو البريدين، فإنه لا يجوز له أن يأخذ من المشهود له شيئًا بسبب أداء الشهادة، لأن فى ذلك طلب عوض على واجب، كطلبه أخذ العوض على صلاة نفسه، إلا فى الركوب لعسر المشى عليه، لأنه حينئذ يشبه من سقط عنه أداء الشهادة، وأيضًا فمنعه الركوب ليست للشاهد، بل هى مقصورة على المشهود له، فإن ركب دابة المشهود له وله دابة، أو أكل طعامه، ففى بطلان شهادته قولان، ولو كان الشاهد لا يقدر على النفقة جاز له قبولها، قال سحنون: ولو أخبر القاضى بذلك لكان حسنًا، وقيل: تبطل إن لم يكن مبرزًا، وأما إن كانت المسافة بعيدة مثل ما تقصر فيه الصلاة فأكثر، ولم يكن للقاضى أمين يشهد هذا الشاهد عنده فلا يضر الشاهد أكل طعام المشهود له، وإن كان له بال وكذلك ركوب دابته، وكذلك إن احتجب السلطان عن فصل الحكم، لم يضر الشاهد أن ينفق عليه المشهود له ما أقام منتظرًا له. إذا لم يجد من يشهد على شهادته ثم ينصرف. وأما حكمتها، فقال ابن راشد: حكمة مشروعيتها صيانة الحقوق.

فصل: وأما ما تجب فيه فالكلام فيه فى فصلين:

الأول: فى حكم الإشهاد فى الحقوق: كالبيع والإجارة والسلم والقرض، وما فى معنى ذلك قال الله تعالى: ﴿**وَأَشْهِدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ**﴾ [البقرة: ٢٨٢] ويجرى مجرى المبايعة الحقوق على اختلاف أنواعها، وقد اختلف فى هذا الأمر فقال بعض العلماء: هو على الوجوب وقال مالك رحمه الله: هو على الندب، وإنما قال مالك - رحمه الله - ذلك إن كان مذهبه أن الأمر محمول على الوجوب، إذا تعرى من القرائن لأدلة قامت على ذلك منها قوله تعالى: ﴿**وَإِن كُنتُمْ عَلَىٰ سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُم بَعْضًا فَلْيُؤَدِّ الَّذِي اؤْتُمِنَ أَمَانَتَهُ**﴾ [البقرة: ٢٨٣]، فلما جاز أن يترك الرهن الذى هو بدل الشهادة، جاز ترك الإشهاد إذ لا يفرق المخالف بين ترك الإشهاد والرهن الذى هو بدله، بل يقول بوجوب كل واحد منهما؛ انظر باقى الأدلة فى «المقدمات».

فصل: وحكم الدين حكم البيع، كما تقدم من أنه مندوب إلى الإشهاد فيه، فإذا قلنا: إنه غير واجب فيهما، فإنه حق لكل من دعى إليه من المتبايعين أو المتداينين، على صاحبه يقضى له به عليه إن أباه، لأن من حقه أن لا يأتمنه، ولذلك وجب على من باع سلعة لغيره الإشهاد على البيع فإن لم يفعل ضمن لأن رب السلعة لم يرض بائتمانه، وكذلك كل ما فيه حق لغائب الإشهاد فيه واجب. قال الله تعالى فى الزانيين: ﴿**وَلْيَشْهَدْ عَذَابَهُمَا طَائِفَةٌ مِّنَ الْمُؤْمِنِينَ**﴾ [النور: ٢]، **فأمر** بالإشهاد لما يتعلق بذلك من حق غيره، ومن ذلك اللعان لا يكون إلا بمحضر جماعة من المؤمنين، لانقطاع نسب الولد وغير ذلك من الأحكام.

الثانى: حكم الإشهاد فى النكاح والطلاق والرجعة والإشهاد على عقد النكاح، ليس بواجب على مذهب مالك - رحمه الله - وإنما يجب الإشهاد عند الدخول لنفى التهمة والمظنة عن نفسه، ومعنى قول رسول الله ﷺ: «**لا نكاح إلا بولى وصداق وشاهدى عدل**»؛ أى: لا يكون وطء النكاح إلا باجتماع هذه الأشياء، لأن النكاح حقيقة إنما يقع على الوطء، وإنما سمى العقد نكاحًا لأن النكاح الذى هو الوطء يكون به، فسمى باسم ما قرب منه، ولا يصح أن يحمل الحديث على

العقد، لأنه قد ذكر فيه الصداق، وذلك مما لا يفتقر إليه العقد بإجماع، لأن القرآن قد جوز نكاح التفويض.

فصل: وأما الإشهاد فى الرجعة، فقال ابن القصار: هو مستحب، وحكى القاضى إسماعيل عن مالك: أنه واجب لرفع الدعاوى وتحصين الفروج والأنساب، وحكى القاضى عبد الوهاب: الوجوب عن بعض شيوخه القرويين، وقال فى «المعونة»: إنه مستحب، وحكى القاضى أبو بكر بن العلاء: الوجوب عن مالك، والمشهود أنه غير واجب، واختلف العلماء فى قوله تعالى: ﴿**فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِّنكُمْ**﴾ [الطلاق: ٢] فقال بعض العلماء: هو أمر بالإشهاد على الطلاق، وقيل: على الرجعة، وقيل: المعنى، وأشهدوا عند الرجعة والفرقة جميعًا، لأن الله تعالى قال: ﴿**وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِّنكُمْ**﴾ [الطلاق: ٢] عقب ذكر الطلاق والإمساك بالرجعة والمفارقة بانقضاء العدة، فوجب أن يرجع ذلك إلى الجميع رجوعًا واحدًا إما وجوبا وإما ندبا، قال القاضى أبو بكر محمد بن بكير المالكى فى تأليفه فى أحكام القرآن: المعنى فى الإشهاد، أنه يشهد ذوى عدل إذا انقضت عدتها أنه قد طلق، وأن عدتها قد انقضت، خوفًا من أن يموت فتدعى أنها زوجة لم تطلق، أو تموت هى فيدعى الزوج مثل ذلك، فأمر بالإشهاد لينحسم ما يخشى من ذلك، وأما إذا أمسكها بالرجعة فيشهد على رجعتها، ليعلم أنها زوجة وأنها ليست فى عدة لما يخشى مما ذكرناه من الموت، قال ابن بكير: ويجب عندى لمن أبان زوجته أن لا ينتظر انقضاء العدة، وليشهد شاهدين حين الطلاق أنها قد بانت منه، خشية المعنى الذى ذكرناه، لأن البائن فى معنى التى انقضت عدتها، قال ابن رشد: ويلزم على قياس قوله أن يلزم الإشهاد فى الطلاق الرجعى حين الطلاق مخافة الموت، ويشهد أيضًا إذا انقضت العدة على انقضائها مخافة أن يموت الزوج فتدعى الميراث، أو تزعم أن عدتها لم تنقض، قال ابن رشد: وإذا قلنا إن الإشهاد واجب، فمعنى ذلك أنه يكون بتركه آثمًا لتضييع الفروج، وما يتعلق به من الحقوق من غير أن يكون شرطًا فى صحة الطلاق والرجعة.

***

الفصل الرابع

فى مراتب الشهود فى الشهادة

وهى أحدى عشرة رتبة:

الأولى: الشاهد المبرز فى العدالة العالم بما تصح به الشهادة، فتجوز شهادته فى كل شئ وتجريحه ولا يسئل عن كيفية علمه بما شهد به من ذلك كله إذا أبهمه، ولا يقبل فيه التجريح إلا بالعداوة، وقد قيل: إن التجريح لا يقبل فيه أصلاً لا بالعداوة ولا بغيرها.

الثانية: الشاهد المبرز فى العدالة غير العالم بما تصح به الشهادة، فحكمه كالأول إلا أنه يسئل عن كيفية علمه بما شهد به إذا أبهم ذلك.

الثالثة: الشاهد المعروف بالعدالة بما تصح به الشهادة، فتجوز شهادته إلا فى ستة مواضع على اختلاف فى بعضها، وهى : التزكية وشهادته لأخيه ولمولاه ولصديقه الملاطف ولشريكه فى غير التجارة، وإذا زاد فى شهادته أو نقص منها، ويقبل فيه التجريح بالعداوة وغيرها، ولا يسئل عن كيفية علمه بما شهد به إذا أبهم ذلك.

الرابعة: الشاهد المعروف بالعدالة غير العالم بما تصح به الشهادة، حكمه كذلك إلا أنه يسئل عن كيفية علمه بما شهد به إذا أبهم ذلك.

الخامسة: الشاهد المعروف بالعدالة، إذا قذف قبل أن يحد اختلف فى إجازة شهادته فلم يجزها ابن الماجشون، وأصبغ وأجازها ابن القاسم وهو المشهور فى المذهب، لأن بالحد تسقط الشهادة.

السادسة: الشاهد الذى يتوسم فيه العدالة، تجوز شهادته دون تزكيته فيما يقع بين المسافرين فى السفر من المعاملات على مذهب ابن حبيب ولا تجوز فيما سوى ذلك دون تزكية، فهذا هو المجهول الحال، وقال المازرى: الشاهد الذى لم تثبت له عدالة ولا جرحة يشهد فيما سوى الحدود. مذهب مالك أنه يجب على القاضى البحث عن حاله، ولا يحمله على فسق ولا عدالة حتى ينكشف له إحدى

الحالتين، وقال ابن رشد: أجاز بعض المتأخرين شهادة المجهول الحال فى اليسير جدًا من المال، وهو استحسان والقياس منعه واتفقوا فى الحدود والقصاص أنه لا يقبل فيها إلا العدل.

السابعة: الشاهد الذى لا يتوسم فيه العدالة ولا الجرحة، فلا تجوز شهادته فى موضع من المواضع دون تزكية، إلا أن شهادته تكون شبهة فى بعض المواضع عند بعض العلماء، فتوجب اليمين وتوجب الحميل وتوقيف الشئ على المدعى عليه.

الثامنة: الشاهد الذى يتوسم فيه الجرحة، فلا تجوز شهادته دون تزكية، ولا تكون شهادته شبهة توجب حكمًا.

التاسعة: الشاهد الذى ثبت عليه جرحة قديمة أو يعلمها الحاكم فيه، فلا تجوز شهادته دون تزكية، ولا يقبل فيه التزكية على الإطلاق، وإنما تقبل ممن علم بجرحته إذا شهد على توبته منها، ونزوعه عنها، والمحدود فى القذف بمنزلته على مذهب مالك، لأن تزكيته لا تجوز على الإطلاق، وإنما تجوز بمعرفة تزيده فى الخير.

العاشرة: الشاهد المقيم على الجرحة المشهود بها، فلا تجوز شهادته ولا يقبل التزكية فيه وإن زكى، وإنما تصح تزكيته فيما يستقبل إذا تاب.

الحادية عشرة: شاهد الزور، فلا تصح شهادته وإن تاب وحسنت حاله، وروى أبو زيد عن القاسم: أن شهادته تجوز إذا تاب وعرفت توبته بتزيد حاله فى الصلاح، قال: ولا أعلمه إلا فى قول مالك، فقيل: إن ذلك اختلاف من القول، وقيل: معنى رواية أبى زيد، إذا جاء تائبًا مقرًا على نفسه بشهادة الزور قبل أن يظهر عليه، وهو الأظهر، والله سبحانه وتعالى أعلم.

***

الفصل الخامس

فى صفات الحقوق ومراتب الشهادات

والحقوق المشهود فيها على خمسة أقسام:

الأول: أحكام تثبت فى البدن ليست بمال، ويطلع عليها الرجال غالبًا كالنكاح والطلاق، وشبه ذلك، مما هو مذكور فى الباب الثانى من القسم الثانى من الكتاب، فهذا القسم لا يستحق فيه شئ إلا بشهادة رجلين، ولا مدخل فى شئ من ذلك للنساء ولا للشاهد واليمين إلا القسامة، وجراح العمد وفى بعضها خلاف.

الثانى: أحكام تثبت فى البدن لا يطلع عليها الرجال غالبًا، كالولادة وما أشبهها مما هو مذكور فى الباب الخامس عشر من القسم الثانى من الكتاب، فكل ذلك يجزئ فيه شهادة امرأتين، وفى بعضه خلاف سيأتى إن شاء الله تعالى.

الثالث: أحكام تثبت فى البدن، وتتعلق بالمال، كالشهادة على الوكالة بطلب المال وإسناد الوصية التى ليس فيها غير المال، ونقل شهادة من شهد بمال، والشهادة على أسباب التوارث كالنكاح بعد موت أحد الزوجين ليرث الآخر مالاً، وكذا فى الولاء والنسب إذا لم يرد به إلا المال وثبوت الإرث لاثبوت النسب، ففى دخول النساء فى ذلك خلاف، أجاز ابن القاسم فى ذلك شهادة رجل وامرأتين حملا على شهادة الأموال، ومنع أشهب ذلك ،قال: لابد من رجلين اعتبارًا بأعيانها لا بمال تئول إليه.

الرابع: حقوق الأموال كالقرض والوديعة، وشبه ذلك مما هو مذكور فى الباب الثلاث من القسم الثانى من الكتاب، فكل ذلك يستحق بشهادة رجلين أو برجل وامرأتين، أو بشاهد ويمين، أو بامرأتين ويمين.

الخامس: ما تئول الشهادة فيه إلى أحكام تتعلق بالأبدان، كالشهادة لمكاتب أنه دفع نجوم كتابته فاستحق بذلك العتق، أو أن فلانًا باع عبدًا من أبى العبد المبيع، أو

ابنه ممن يعتق عليه، أو أنه باع أمة من زوجها فاقتضى الفسخ، فهذا أيضًا له حكم الشهادة فى الأموال، لأنها شهادات تئول إلى المال، وإن كانت تستلزم تحرير المكاتب، وعتق العبد على أبيه أو ابنه، وفسخ نكاح الزوجين، وليس من ذلك القطع فى السرقة إذا شهد عليه رجل وامرأتان، فإنه يضمن المال ولا يقطع، والفرق بينهما أن وجوب التضمين لا يستدعى القطع، وثبوت أداء نجوم الكتابة يستدعى الحرية، وكذا ملك الأب ابنه وملك أحد الزوجين صاحبه، يقتضى ثبوت الشراء، وعتق الابن وفسخ النكاح فهذا ذكر الحقوق على وجه الإجمال، وسيأتى أحكام هذه الشهادات فى أبوابها مفصلاً إن شاء الله تعالى.

فصل: وأما الشهادة التى توجب الشئ المشهود به دون يمين، فإنها تنقسم على ستة أقسام:

الأول: أربعة شهود ذكور فى اثبات الزنا وسيأتى ذلك.

الثانى: شاهدان رجلان، وذلك فى سائر الأحكام سوى الزنا وما ذكر معه وسيأتى.

الثالث: شاهد وامرأتان وسيأتى.

الرابع: امرأتان بانفرادهما وسيأتى.

الخامس: شاهد واحد فيما يبتدئ القاضى فيه بالسؤال، وفيما كان علمًا يؤديه الشاهد: كالترجمان والقائف والطبيب ومقوم العيب فى الرقيق ومكشف القاضى فى التعديل والتجريح وسيأتى ذلك.

السادس: شهادة الصبيان فيما يقع بينهم من الجراح والقتل وسيأتى.

فصل: وأما الشهادة التى توجب الشئ المشهود به مع يمين المدعى فإنها تنقسم خمسة أقسام:

الأول: شاهد أو امرأتان ويمين، وذلك فى حقوق الأموال وما المقصود منه المال، وسيأتى ذلك فى الباب الثالث، ويلحق بهذا إذا شهد شاهد على القتل، أقسم له مع شهادته أيمان القسامة، وسيأتى حكمها وبما تجب.

الثانى: ما يقوم مقام الشهادة فى قوة الدعوى فى الحقوق، وذلك كالرهن إذا اختلف فى مقدار الحق، فالقول قول المرتهن فيما يدعيه، ما لم تجاوز قيمة الرهن ويمينه على ذلك فى قيام الرهن بيده موجبة للحكم له بحقه من التنبيه، وسيأتى ذلك فى بابه -إن شاء الله تعالى- ومن ذلك إرخاء الستور فى النكاح إذا أنكر المسيس، فالقول قول المرأة فى دعوى المسيس مع يمينها، وقيل: بغير يمين ويجب لها الحكم بذلك، وسيأتى فى باب الحكم بالقرائن، ومن ذلك اليد على الشئ المدعى فيه، إذا عجز كل واحد منهما عن إقامة البينة، أو أقاماها فتكافأتا وسقطتا، فيحلف صاحب اليد ويستحق، ومن ذلك معرفة العفاص والوكاء فى اللقطة أو ما قام مقام ذلك من صفتها فيحلف على صحة دعواه ويستحقها، وفى اليمين على المدعى فيحلف ويستحق حقه، فباجتماع نكول المدعى عليه ويمين المدعى وجب الحق، وسيأتى ذلك فى بابه.

الثالث: شاهد غير عدل على القتل عمدًا، فتجب القسامة معه على رواية أشهب عن مالك، والأصح منه، وكذلك روى عن أشهب: أن القسامة تجب بشهادة امرأة واحدة عدل وهذا مبسوط فى «باب القضاء بأيمان القسامة».

الرابع: الشهادة بغالب الظن فيما لا سبيل فيه إلى القطع، وذلك كالشهادة على العدل وسيأتى ذلك مبسوطًا فى بابه.

الخامس: الشهادة على السماع فى الولاء والنسب على مذهب ابن القاسم، لا يحكم للمشهود له به إلا بعد يمينه، لأنها عنده ليست بشهادة قاطعة، وسيأتى ذلك فى بابه إن شاء الله تعالى.

فصل: وأما الشهادة التى توجب حكمًا ولا توجب الشئ المشهود به، فإنها تنقسم على ثلاثة أقسام:

القسم الأول: شاهد عدل أو امرأتان على الطلاق والعتق، فإنها توجب اليمين على المشهود عليه إذا أنكر، وكذلك القذف إذا شهد به شاهد فقط أو امرأتان فإن ذلك يوجب اليمين على المدعى عليه، وكذلك إذا شهد شاهد بقتل عمد، فنكل الأولياء عن القسامة ردت اليمين على القاتل، وكذلك إذا شهد شاهد بجرح عمدًا

وما أشبهه من القصاص، وكذلك شاهد عدل على النكاح، وكذلك إذا شهد بالنكاح رجل وامرأتان، فهذه الوجوه كلها يترتب عليها أحكام، ولا توجب الشئ المشهود به، وهى مذكورة فى «باب القضاء بالشاهدين».

القسم الثانى: شاهد عدل أو شاهد وامرأتان أنه سرق له مثل ما يدعى من غير تعيين الشئ المدعى فيه، وهو مذكور أيضًا فى «باب القضاء بالشاهدين».

القسم الثالث: غير العدول يشهدون فى استحقاق الشئ المعين، فذلك يوجب توقيفه عند أصبغ حتى يعرف ما عند المدعى عليه فى ذلك، وذلك فى «باب القضاء بشهادة غير العدول».

فصل: وأما الشهادة التى لا توجب المشهود به، وتوجب على الشاهد حكمًا، فإنها تنقسم إلى قسمين:

الأول: كالشهادة فى الحدود والأعراض إذا لم تكمل على وجهها، وذلك كالثلاثة فدون يشهدون على معاينة الزنا، فعليهم حد الفرية، وسيأتى ما فى القضاء بأربعة شهود.

الثانى: رجوع الشهود عن الشهادة بعد أدائها وقبل الحكم بها، واعترفوا بشهادة الزور وأنهم تابوا، فإن شهادتهم لا توجب شيئا، وفى تأديبهم خلاف، وأما لو رجعوا بعد الحكم بها إما فى مال أو فى نفس أو حد من قطع أو قذف أو شتم، فإن أخبروا عن غلط غرموا المال ودية المتلف، وإن أخبروا عن تعمد كذب غرموا المال. واختلف فى إلزام القصاص فى المتلف بالقطع والقتل ونحوهما، أو الدية ولذلك محل مذكور فيه فى كتب الفقه، وأما الرجوع عن الشهادة بالقذف والشتم بعد الحكم فليس فيه غير الأدب.

فصل: وأما الشهادة التى لا توجب شيئًا أصلا، فكشهادة العبد والكافر والفاسق والنساء فيما لا يقبلن فيه، ولا تؤثر شهادتهن فيه شيئًا، كما سيأتى فى بابه -إن شاء الله- ومثل شهادة الصبيان فى غير ما يقع بينهم من القتل على ما هو مشروح فى بابه، وسيأتى -إن شاء الله تعالى.

***

الفصل السادس

فى صفات الشاهد وذكر موانع القبول

وما يشترط فيــه التبريز فى العـدالة

وفيه فصلان:

الأول: فى فضل الشاهد وصفته، وقد نطق القرآن العظيم بفضل الشهادة، ورفعها ونسبها تعالى إلى نفسه، وشرف بها ملائكته ورسله وأفاضل خلقه فقال تعالى: ﴿**لَكِنِ اللَّهُ يَشْهَدُ بِمَا أَنزَلَ إِلَيْكَ أَنزَلَهُ بِعِلْمِهِ وَالْمَلائِكَةُ يَشْهَدُونَ**﴾ [النساء: ١٦٦]، وقال تعالى: ﴿**فَكَيْفَ إِذَا جِئْنَا مِن كُلِّ أُمَّةٍ بِشَهِيدٍ وَجِئْنَا بِكَ عَلَىٰ هَؤُلاءِ شَهِيدًا**﴾ [النساء: ٤١] فجعل كل نبى شهيدًا على أمته لكونه أفضل خلقه فى عصره، وقال تعالى: ﴿**شَهِدَ اللَّهُ أَنَّهُ لا إِلَهَ إِلاَّ هُوَ وَالْمَلائِكَةُ وَأُوْلُوا الْعِلْمِ قَائِمًا بِالْقِسْطِ لا إِلَهَ إِلاَّ هُوَ الْعَزِيزُ الْحَكِيمُ**﴾ [آل عمران: ٢١٨] ويكفى بالشهادة شرفًا، أن الله تعالى خفض الفاسق عن قبول شهادته، ورفع العدل بقبولها منه، فقال تعالى: ﴿**إِن جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَإٍ فَتَبَيَّنُوا**﴾ [الحجرات: ٦]، وقال تعالى: ﴿**مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ**﴾ [البقرة: ٢٨٢]، وأخبر سبحانه أن العدل هو المرضى بقوله تعالى: ﴿**وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِّنكُمْ**﴾ [الطلاق: ٢]، وعرفنا سبحانه أن بهم قوام العالم فى الدنيا، فقال تعالى: ﴿**وَلَوْلا دَفْعُ اللَّهِ النَّاسَ بَعْضَهُم بِبَعْضٍ لَّفَسَدَتِ الأَرْضُ**﴾ [البقرة: ٢٥١]، قال بعضهم: الإشارة إلى ما يدفع الله عن الناس بالشهود فى حفظ الأموال والنفوس والدماء والأعراض، فهم حجة الإمام وبقولهم تنفيذ الأحكام، وفى الحديث أنه عليه الصلاة والسلام قال: «**أكرموا منازل الشهود، فإن الله تعالى يستخرج بهم الحقوق، ويرفع بهم الظلم**»، واشتق الله تعالى لهم اسما من اسمائه الحسنى، وهو الشهيد تفضلا وكرما، قال ابن رشد: وللشاهد فى شهادته حالان: حال تحمل الشهادة وحال أدائها.

فأما حال تحملها فليس من شرط الشاهد فيها، إلا كونه على صفة واحدة وهى

الضبط والتمييز صغيرًا كان أو كبيرًا، حرًا كان أو عبدًا مسلمًا كان أو كافرًا عدلاً كان أو فاسقًا.

وأما حال أدائها، فمن شرط جواز شهادته أن يجتمع فيه خمسة أوصاف، متى عرا عن واحد منها لم تجز شهادته، وهى: البلوغ والعقل والحرية والإسلام والعدالة، زاد ابن راشد: والمروءة، واختلف فى الرشد، وزاد ابن رشد: وأن يكون من أهل التيقظ والسلامة من التغفل.

فرع: فلو بلغ خمس عشرة سنة ولم يحتلم، وكان عدلا فقال ابن وهب: تجوز شهادته، وفى رواية أبى زيد عن ابن القاسم: لا تقبل شهادة ابن خمس عشرة سنة إلا أن يحتلم، أو يبلغ ثمانى عشرة سنة؛ من «مفيد الحكام».

تنبيه: وفى كتاب «آداب الشهادة» لأبى الفضل العباس بن إسماعيل بن معمر بن حبيب الجوهرى قال: وإذا أسلم الذمى فشهد شهادة وقد كان عدلا فى أهل الذمة قبل أن يسلم، قبلت شهادته ولم يحتج إلى تجديد تعديل بخلاف الصبى إذا بلغ فلا تقبل شهادته حتى يعدل بعد بلوغه. وقال المازرى: قال أبو حنيفة محتجًا لمذهبه فى كونه يكتفى بظاهر الإسلام فى العدالة إذا أسلم الكافر، وشهد بفور إسلامه قبلت شهادته تعويلا على مجرد الإسلام، قلنا: لم يعول فى هذا إذا قيل بقبول شهادته على مجرد الإسلام، لكن على العالم بأنه لم يعص ولم يفسق بل جب إسلامه عنه الآثام، فصار عند الإسلام كمن قطع بطهارته ولم ير ابن القصار قبول شهادته، بل ذهب إلى التوقف عن قبولها، حتى يعلم ما يبدو منه، بعد إسلامه لجواز أن يكون مصرًا بقلبه على معصية، أو اعتقاد فاسد، فلهذا قيد فى كتاب «آداب الشهادة» بكونه كان عدلا قبل إسلامه، فأما البلوغ فلأن التكليف شرط فى الأمر والنهى، فلذلك اشترط البلوغ واستثنى من ذلك شهادة الصبيان على شروط يأتى ذكرها، وكذلك العقل شرط فى التكليف، واشترطت الحرية لظواهر آيات من القرآن العظيم، يطول ذكر الاستدلال منها، وفى «المقدمات» منها ما فيه كفاية، وأما اشتراط الإسلام فلقوله تعالى: ﴿مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ﴾ [البقرة: ٢٨٢]، والكافر غير مرضى وأما العدالة فقال ابن راشد: اختلف فى حد العدالة والرضا، الذى تجوز به شهادة الشاهد اختلافًا كثيرًا، وأحسن ما قيل فى

ذلك عندى: أنه الشاهد الذى يجتنب الكبائر ويتوقى الصغائر، على أن لا صغيرة على الإطلاق، لأن كل ما عصى الله تعالى به فهو كبيرة، وإنما يقال لها صغائر بإضافتها إلى الكبائر، قال ابن راشد: **والعدالة**: هيئة راسخة فى النفس، تحث على ملازمة التقوى باجتناب الكبائر وتوقى الصغائر، والتحاشى عن الرذائل المباحة، وقال ابن شاس: المراد بها الاعتدال والاستواء فى الأحوال الدينية، وذلك أن يكون ظاهر الأمانة، عفيفًا عن المحارم، متوقيًا للمآثم بعيدًا من الريب، مأمونًا فى الرضا والغضب، قال بعض أصحابنا: ليست العدالة أن يمحض الرجل الطاعة حتى لا تشوبها معصية، وذلك متعذر إلا فى الأولياء والصديقين، ولكن من كانت أكثر حاله الطاعة وهى الغالب من أحواله، وهو مجتنب للكبائر محافظ على ترك الصغائر فهو العدل.

وأما المروءة فقال ابن راشد: لا تقبل شهادة من لم يحافظ على مروءته، قال ابن محرز: ليس المراد بالمروءة نظافة الثوب ولا فراهة المركوب وجودة الآلة وحسن الشارة، وإنما المراد بها: التصون والسمت الحسن، وحفظ اللسان، وتجنب مخالطة الأراذل، وترك الإكثار من المداعبة والفحش وكثرة المجون، وتجنب السخف، والارتفاع عن كل خلق ردىء، يرى أن كل من تخلق به لا يحافظ على دينه وإن لم يكن فى نفسه جرحة.

وأما الرشد: فاختلف هل من شرط الشاهد أن يكون رشيدًا مالكًا لأمر نفسه؟ فروى أشهب عن مالك أن شهادة المولى عليه جائزة إن كان عدلاً، وهى رواية ابن عبد الحكم أيضًا عنه، وقال أشهب: لا تجوز شهادته وإن كان مثله لو طلب ماله أعطيه، واختار ذلك محمد بن المواز قال: ولا تجوز شهادة البكر فى المال حتى تعنس وإن كانت من أهل العدل.

وأما اليقظة، فقال ابن رشد: ومن شروط جواز الشهادة أن يكون الشاهد من أهل اليقظة والتحرز. لأنه إن كان من أهل الغفلة لم يؤمن عليه التخبيل والتحيل فيشهد بالباطل.

الثانى: فى موانع القبول، وهى على قسمين: مانع مطلقًا ومانع على جهة يعنى أنه يمنع من قبول الشهادة مع بقاء العدالة.

القسم الأول: يكثر تعداده ويتعذر حصره ولكن نذكر منه ما يتيسر، فمنه كل وصف أو فعل مضاد للعدالة أو للمروءة، أولهما: كتعاطى فعل الفاحشة وما أشبهها من الكبائر، والإصرار على الصغيرة يصيرها كبيرة ومنه أن يقتطع شيئًا من محجة المسلمين، قال الباجى فى «وثائقه»: ذلك جرحة إن كان اقتطاعه عن معرفة وقصد، وإن كان لا يضيق ولا يضر بالمارين، وظاهر قول غيره أنه لا يقدح إلا أن يضر ويفعله عن معرفة؛ انتهى.

وظاهر كلام ابن سهل ونقله عن أصبغ أن ذلك لا يمنع إذا كانت الطريق واسعة جدًا. ومنه: أن يدعى علم القضاء بالنجوم، قال أبو عمر: إن ادعاه واشتهر به وأكل المال به سقطت شهادته؛ انتهى من «ابن راشد»، وفى «فتاوى ابن رشد»: الكلام على هذه المسألة مستوفى، ومن جملته أن المنجم إذا كان مؤمنًا بالله عز وجل، مقرًا بأن النجوم واختلافها فى الطلوع والغروب لا تأثير لها فى شىء مما يحدث فى العالم، وأن الله عز وجل هو الفاعل لذلك كله، إلا أنه جعلها أدلة على ما يفعله الله عز وجل، فحكم هذا أن يزجر عن اعتقاده ويؤدب عليه أبدًا. حتى يكف ويرجع عن اعتقاده ويتوب عنه، لأن ذلك بدعة يجرح بها، فتسقط إمامته وشهادته على ما قاله سحنون فى «نوازله» من كتاب الشهادات، ولا يحل لمسلم أن يصدقه فى شىء مما يقول، ولا يصح أن يجتمع فى قلب مؤمن تصديقه مع قول الله تعالى: ﴿**قُل لاَّ يَعْلَمُ مَن فِي السَّمَوَاتِ وَالأَرْضِ الْغَيْبَ إِلاَّ اللَّهُ**﴾ [النمل: ٦٥] وقوله تعالى: ﴿**عَالِمُ الْغَيْبِ فَلا يُظْهِرُ عَلَىٰ غَيْبِهِ أَحَدًا (٢٦) إِلاَّ مَنِ ارْتَضَىٰ مِن رَّسُولٍ**﴾ [الجن: ٢٦] وغير ذلك من الآيات والأحاديث. ومنه: سماع القيان عند ابن القاسم وأشهب، وقال ابن عبد الحكم: من سمع صوت العيدان وحضرها لم تجز شهادته وإن لم يكن معها نبيذ، إلا أن يحضرها فى عرس أو صنيع فلا أبلغ به رد الشهادة إن لم يكن معها نبيذ، وليس الصنيع كغيره وإن كان مكروهًا على كل حال، قال ابن عبد الحكم: ومن سمع رجلا يغنى لم أرد بذلك شهادته إلا أن يكون مدمنا، وكذلك شهادة المغنى والمغنية إذا عرفوا بذلك، وكذلك شهادة من يغشى المغنين أو يغشونه أو أكثر سماع القيان.

فائدة: فى حكم السماع من الرحلة للإمام الخطيب العلامة أبى عبد الله بن رشيد، قال: حكى الحافظ أبو الفضل محمد بن طاهر المقدسى المحدث الصوفى قال: وأخبرنى أبو محمد التميمى ببغداد، قال: سألت الشريف أبا على محمد بن أحمد بن أبى موسى الهاشمى عن السماع فقال: ما أدرى ما أقول فيه، غير أنى حضرت بدار شيخنا أبى الحسن عبد العزيز بن الحارث التميمى شيخ الحنابلة سنة سبعين وثلثمائة فى دعوة عملها لأصحابه حضرها الشيخ أبو بكر الأبهرى شيخ المالكية، وأبو القاسم الداركى شيخ الشافعية، والقاضى أبو بكر الباقلانى شيخ الطوائف وإمام وقته، وأبو الحسن طاهر بن الحسين شيخ أصحاب الحديث، وأبو الحسن ابن سمعون شيخ الوعاظ والزهاد، وأبو عبد الله بن مجاهد شيخ المتكلمين، فقال أبو على: لو سقط السقف على هؤلاء لم يبق بالعراق أحد يفتى فى نازلة يشبه واحدًا منهم، وحضر معهم أبو عبد الله غلام بابا وكان يقرأ القرآن بصوت حسن، وربما قال شيئا فقيل له: قل لنا شيئا، فقال: وهم يسمعون:

خطت أناملها فى بطن قرطاس ... رسالة بعبير لا بأنفاس

أن زر فديتك لى من غير محتشم ... فإن حبك لى قد ضاع فى الناس

فكان قولى لمن أدى رسالتها ... قفى لأمشى على العينين والراس

قال أبو على: فبعد ما رأيت هذا لا يمكننى أن أفتى فى هذه المسألة لا بحظر ولا إباحة. ومنه النائحة إذا عرفت بذلك. ومنه شهادة الشاعر الذى يمدح من أعطاه ويهجو من منعه، فإن كان لا يهجو من منعه ولا يؤذى أحدًا بلسانه ويأخذ ممن أعطاه، فأرى أن تقبل شهادته إن كان عدلا، وحكى ابن راشد عن زرب: إن كان الشاعر يكذب فى شعره لم تجز شهادته، قال: وأما وصف الشاعر النساء، أو الخمر، بما يجوز له فلا يقدح. وقال ابن العربى فى «عارضه الأحوذى فى شرح الترمذى»: لا بأس بإنشاد الشعر فى المسجد إذا كان فى مدح الدين، وإن كانت فيه الخمر ممدوحة بصفاتها الخبيثة من طيب رائحة وحسن لون، واستدل بما فى قصيدة كعب بن زهير التى أولها بانت سعاد ومنه عصر الخمر وبيعها وكراء داره ممن يبيعها. ومنه: بيع النرد والمزامير والطنابير وآلات اللهو؛ قاله سحنون، ومنه:

أن يحلف أباه، قال ابن زرب: أو جده أو يحد له؛ قاله ابن القاسم، وقال فى «الموازية»: ذلك جرحة ما لم يعذر بجهل، ومنه: قطع السكة؛ قاله ابن القاسم، وروى عنه ابن المواز إلا أن يعذر بجهل، وقال عنه العتبى: لا تجوز وإن كان جاهلاً. وقال سحنون: ليس قطع الدنانير والدراهم بجرحة قال بعض الشيوخ: وهذا الاختلاف عندى إنما هو إذا قطعها وهى وازنة فردها ناقصة، والبلد لا تجوز فيه إلا وازنة وهى تجرى فيه عددا بغير وزن فانتفع بما قطع منها وينفقها بغير وزن، فتجرى مجرى الوازنة فلا خلاف فى أن ذلك جرحة، ولو قطعها وكان التبايع بها بالميزان فلا خلاف أن التبايع بها ليس بجرحة وإن كان عالمًا فمكروه وذلك.

مسألة: ولا بأس أن يقطع الرجل الدنانير والدراهم حليا لبناته ونسائه؛ قاله ابن القاسم وابن وهب؛ وانظر فى «البيان والتحصيل» فى «سماع ابن القاسم» فى كتاب «الصرف»: فى رسم شك فى طوافه ورسم تأخير العشاء ما لا يجوز من ذلك وما يكره منه. ويجوز منه، وما يتفق عليه من ذلك ويختلف فيه ومنه اعتقاد البدعة، كالمعتزلة والأباضية والقدرية، قال سحنون: لا تجوز شهادة أهل البدع على كل حال، وسيأتى الكلام على شهادتهم فى القضاء بشهادة غير العدول للضرورة. ومنه الكهانة. ومنه أن يترك الجمعة ثلاث مرات متواليات من غير عذر، وقيل: إذا تركها مرة واحدة من غير عذر سقطت شهادته، فقال ابن القاسم: إلا أن يكون من المبرزين فى الصلاح وممن لا يتهم فهو أعلم بنفسه، قال ذلك فيمن تركها ثلاث مرات، وقال المازرى: اختلف المذهب فى التجريح بترك صلاة الجمعة. قيل: لا يجرح بتركها، لأن الأعذار القاطعة عن الجمعة قد تخفى عن الناس، ومنها: ما يكره إظهاره، فيوكل ذلك إلى أمانة المتخلف عنها، ولا تسقط العدالة الثابتة بأمر محتمل هل وقع على وجه مباح أو محظور؟ وقيل: بل يجرح بذلك لأن الظاهر أن تركها معصية والأعذار نادرة ونحن نستصحب الظاهر من الأمور. واختلف على هذه الطريقة هل يقع التجريح بالتخلف عنها مرة واحدة، أو لا يقع إلا بالتخلف عنها ثلاث مرات؟ ومنه: من لا يقيم صلبه فى الركوع والسجود، فلا تقبل شهادته إذا تعمد ذلك فى فريضة أو نافلة؛ قاله ابن كنانة. ومنه: من لا يحكم فرائض الوضوء والصلاة. ومنه قال سحنون: ولا تجوز

شهادة من سافر فاحتاج إلى التيمم فلم يحسنه. ومنه: من لزمته زكاة فلم يعلم نصابها. ومنه: من اتصل وفره وقوته فبلغ عمره إلى ستين سنة فلم يحج فلا شهادة له، قيل له: وإن كان بالأندلس، قال: وإن كان من ابن يونس. ومنه: من حبس دينا فلم يقضه وهو غنى. ومنه: من اشترى جارية فوطئها قبل الاستبراء، ردت شهادته وعليه الأدب إن كان غير جاهل، وكذلك لو وطئ صغيرة مثلها لا يوطأ وإن كانت ممن لا تحيض، ومنه: الفرار من الزحف وإن فر الإمام، قال ابن زرب: حتى تعرف توبته ويزداد خيرًا، والفرار من الزحف أن يفر من المثلين. ومنه: ترك الصلاة أو الصيام حتى خرج الوقت المشروع. ومنه: جهل أحكام قصر الصلاة أو الصيام حتى خرج الوقت المشروع. ومنه: جهل أحكام قصر الصلاة إذا كان من أهل السفر. ومنه: شهادة الفقيه فيما استفتى فيه إذا جاءه المستفتى فى أمر ينوى فيه، فروى عن ابن القاسم أنه يشهد بما سمع وهى رواية يحيى، وفى رواية عيسى عنه: لا يشهد بما سمع وبه العمل، ومثله ذكر ابن أبى زمنين فى «منتخبه» من «مفيد الحكام»، ومنه: المداومة على ترك المندوب المؤكد: كالوتر وركعتى الفجر وتحية المسجد. ومنه: أن يحد فى قذف، فإن تاب قبلت مطلقًا عند ابن القاسم، وعن مالك إلا ما حد فيه، وبه قال مطرف وابن الماجشون. وهذا الخلاف يدخل فى الشهادة ولد الزنا، وفى شهادة البكر الزانى فى الزنا. وشهادة السارق إذا قطع فيها، وفى شهادة قاتل العمد إذا عفى عنه فى القتل. والقول الثانى المشهور، قال مطرف وابن الماجشون: ترد شهادة الزانى فيما يتعلق بالزنا، وكذلك المنبوذ كاللعان والقذف، وقال المازرى: لم يختلف المذهب فى رد شهادة ولد الزنا فى الزنا، وقبولها فى غيره من المذهب. ومنه: تكرر التجارة إلى أرض الحرب فى قول سحنون. ومنه: قبول جواز العمال المضروب على أيديهم، وكذلك إدمان الأكل عندهم بخلاف قبول جوائز الخلفاء من يرضى منهم ومن لا يرضى، وقد قبلها جماعة من العلماء أهل الفضل. ومنه: معاملة أهل الغصوب والسلف منهم. ومنه: اعتياد الحلف بالطلاق والعتاق. ومنه: العصبية وهو أن يبغض الرجل الرجل لأنه من بنى فلان أو من قبيلة كذا. ومنه: النميمة. ومنه: الطعن على الناس. ومنه: الخيانة والرشوة. ومنه: تلقين الخصم الخصومة فقيهًا كان أو غيره.

ومنه: صنعة النيروز والمهرجان. ومنه: إتيان مجلس القاضى ثلاث أيام متواليات لغير حاجة، لأن فى ذلك إظهار منزلته عند القاضى ويجعل ذلك مأكلة للناس، وينبغى للقاضى أن يمنعه من ذلك وقد تقدم. ومنه: أن يأخذ حجارة من المسجد ويقول: تسلفتها ورددت مثلها. ومنه: أن يسكن فى دار يعلم أن أصلها مغصوب. ومنه: أن يكون له ابن شريب سماع للغناء من الخدم وغيرهن يسكن معه فى دار واحدة. ومنه: الالتفات فى الصلاة يمينًا وشمالاً. ومنه: سكوته عن شىء من حقوق الله تعالى مثل: عتق عبد أو أمة يراهما يملكان، وطلاق امرأة يرى زوجها مقيمًا معها ولا يقوم بذلك وليس له عذر، وكذلك فى حق الآدمى وقد تقدم ذلك. ومنه: الإدمان على اللعب بالحمام. ومنه: الإدمان على اللعب بالشطرنج، وذلك مانع من قبول الشهادة وإن كان إنما هو المرة بعد الشهادة فشهادته جائزة إذا كان عدلاً، وكره مالك اللعب بها وإن قل، وقال: هو أشد من النرد. وقال فى «كتاب ابن المواز»: واللاعب بالحمام والنرد والشطرنج إن كان يقامر عليها، أو كان مدمنًا لم يقامر فلا تجوز شهادته، وقال محمد بن عبد الحكم: إن كان كثير اللعب بالشطرنج حتى يشغله عن الصلاة فى الجماعة، طرحت شهادته وإلا جازت. وأما النرد فلا أعلم من يلعب به فى وقتنا هذا إلاأهل السفه ومن ترك المروءة من الدين فلا تجوز شهادته، قال الأبهرى: تجوز شهادة من لا يدمن اللعب بالشطرنج إذ لا يخلو الإنسان من لهو وفرح يسير، وقد روينا عن جماعة من التابعين أنهم كانوا يلعبون بالشطرنج، قال محمد وغيره: لا تجوز شهادته وإن لم يكن مدمنا على اللعب. قال فى «المذهب»: وحكى الداودى عن مالك أن لعبها مرة فى العمر تسقط الشهادة. ومنه: الفطر فى رمضان متعمدًا. ومنه: ركوب البحر عند ارتجاجه وفى غير إبانه. ومنه: دخول الحمام بغير مئزر وعدم تطهره فى الحمام بعد غسله بماء لا يشك فى طهوريته. ومنه: إفساد الزرع ورعيه على وجه العمد لأنه من الفساد وفى الأرض ومنه: تعليم جاريته الغناء وإن لم يسمعه. ومنه: وطء المرأة فى حيضها. ومنه: الطحين فى الرحا المغصوبة إذا علم ذلك. ومنه: الانتساب إلى غير أبيه والانتماء إلى غير مواليه. ومنه: هجر أخيه المسلم حتى وإن سلم عليه إذا كان غير مواد له إلا أن يكون الهجر ثلاثة أيام بالعداوة والخصومة إذا كانتا فى أمور

الدنيـا، ومنه: أن يتحـرف بالحرف الدنيـئة اخـتيـارا ويكون ممن لا يليق به ذلك، كدباغة وحـجامة وحياكـة وكناسة، فأما أربابها وفـاعلها مضطرًا فلا يقـدح فيه، ومنه: الأكل فى السـوق. ومنه: شهادة القـراءة بألحان على اخـتلاف، وفى «ابن يونس»: وأكره القراءة بالألحـان حتى يشبه الغناء، ولا أرد شـهادة من فعل ذلك، قال أبو مـحمد بن أبى زيد، قال ابن أبى الـقرظى: وقد اختلف فى رد شـهادته، وقال ابن الفرس: واسـتحسن بعضهم ألا تجـوز شهادته كأنه رآهم غير مـرضيين، والله تعالـى قال: ﴿مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ﴾ [البـقرة: ٢٨٢]، ومنه: شـهادة البخيـل، قال ابن القاسم: وقد اختـلف فيها، وإن كان يؤدى زكـاته وكأن من لم يجزها رآه بتلك الحـالة غير مرضى، وقـال المازرى: البخل منع الحقوق الـواجبة، وأما منع مـالا يجب فالقدح به فـى الشهادة يفـتقر إلى تفـصيل يعرفـه من يعرف الاستدلال بحركـات الناس وطباعهم وسيرهم فى دينهم وصـدقهم. ومنه: شهادة الأخرس، قـال ابن الفرس: وقد اخـتلف فيهـا، ومنه: شهـادة آكل الطين، وقد اختلف فى قبولها؛ قاله ابن الفرس، ووجـه المنع أنه إذا غلبته شهوته على أكل ما يضر بدنه، فلا يؤمن أن تغلبه علـى أن يقبل الرشوة أو يشهد للحمية والعـصبية. ومنه: شهادة ناتف لحيته وقد اختلف فيها. ومنه: شهادة البائل قائمًا وفيها خلاف. ومنه: شـهادة الأغلف؛ ابن حـبيب، قال ابـن الماجشون: إن ترك ذلـك من عذر فشـهادتـه جائزة وإن كـان من غيـر عذر فـلا شهـادة له، لأنه ترك فطرة من سنة الإسلام، ولا عـذر له بإسلامـه وهو كبيـر؛ قاله ابن يونس، ومنه: شـهادة غـير الحسن الزى وغير الحـسن الاسم أو الكنية. ومنه: شهادة الصيرفى وفـيها خلاف. ومنه: شهادة مكارى الحمـير وفيها أيضا خلاف، ذكـر هذه الأشياء ابن الفرس فى «أحكام القرآن» من قولنا. ومنـه: شهادة البخيل إلى ما نـقله ابن يونس فى شهادة الأغلف، فانظر هل مـراده بالخلاف فى المذهب أو خارجه، لكن جـرت عادته إذا كان الخلاف خـارج المذهب التنبيه عليه. ومنه: حلق الشـارب ويؤدب فاعله؛ من «ابن راشد». ومنه: من سأل الأمـير أن يقصر عقد الوثائق عليـه وأن لا يكتبها إلا هو، فأجابه الأميـر إلى ذلك فهو جرحة، وتسقط شهادته ولا تجـوز إمامته إن كان إمامًا؛ من «أحكام ابن سهل». ومنه: كون الإنسان إذا جلس فى محفل مد رجليه

بينهم، قال بعض العلماء، قال المازرى: وهذا إنما يتصور فى صور بالنسبة إلى فاعل ذلك فى الجماعة الحاضرين ومقاديرهم ومقداره والمعنى الذى اجتمعوا لأجله وعدم العذر فى ذلك.

القسم الثانى: من موانع قبول الشهادة ما يمنع على جهة، وهو رد الشهادة مع بقاء العدالة وله سبعة أسباب:

السبب الأول: التغفل وقد ذكرنا التغفيل فى صفات الشاهد، وأنه اشترط فى الشهاد أن يكون محترزًا يؤمن عليه التحيل، وقال ابن عبد الحكم: قد يكون الخير الفاضل ضعيفًا لا يؤمن عليه الغفلة وأن يلبس عليه، فإذا كان كذلك لم يجز للإمام قبول شهادته.

السبب الثانى: أن يجر لنفسه منفعة أو يدفع عنها مضرة، مثال الجر أن يشهد على مورثه المحصن بالزنا أو قتل العمد ما لم يكن المشهود عليه فقيرًا، أو كمن شهد أن أباه أعتق عبدًا يتهم بولائه، وكوصى شهد بدين للميت، وكمنفق عليه شهد للمنفق وفى عكسه قولان، ومثل أن يشهد أن رجلا جر مورثه أو يشهد بدين له أو لغيره، ومن يتهم عليه ولو شهد بوصية فيها شيء له ولغيره فسيأتى حكم ذلك فى باب مفرد، ومثال الدفع أن يشهد بعض العاقلة بفسق شهود القتل خطأ، وكشهادة المديان المعسر لرب الدين وعكسه لأنه جرى لنفسه.

والسبب الثالث: كيد الشفقة بالنسب أو السبب كالأبوة والأمومة وإن علت، فيدخل فى ذلك شهادة الجد لولد ولده وكالبنوة وإن سفلت وكالزوجية.

مسألة: ولو شهد الأب مع ابنه عند الحاكم جازت على القول المعمول به، وقال بعض الموثقين: شهادتهما بمنزلة واحدة، وفى «معين الحكام»: والقول بأنهما بمنزلة شاهدين أعدل.

مسألة: وتجوز شهادة ولد القاضى على حكم أبيه، ومنع ابن سحنون فى «العتبية» من إجازة القاضى شهادة ابنه وابن ابنه على رجل إلا أن يكون الابن أو ابن الابن مبرزين فى العدالة بينى الفصل لا يشك فيهما فحينئذ رأى أن تجوز شهادته عنده، قال بعض الشيوخ: شهادة الأب عند ابنه أو الابن عند أبيه، وشهادة كل واحد منهما على شهادة صاحبه، وشهادة كل واحد منهما على حكم

صاحبه؛ هذه أربع مسائل الاختلاف فيها كلها سواء، قيل: إن ذلك جائز وهو قول سحنون، وقيل: إن ذلك لا يجوز وهو قول أصبغ.

مسألة: فأما شهادة الأخوين فى حق فشهادتهما جائزة وليسا كالأب وابنه.

تنبيه: وقد تلحقهما التهمة فلا تجوز شهادتهما، كما لو شهد أخوان أن هذا ابن أخيهما الميت، والمشهود له ذو شرف، فإن النسب لا يثبت بشهادتهما، ويثبت المشهود له المال إن ادعاه، وهذا من مسائل الإقرار بالوارث.

مسألة: ولا تجوز شهادة الأخ لأخيه إذا كان فى عياله لجره إليه، وجره إليه جر لنفسه، فإن لم يكن فى عياله وكان مبرزًا فى حاله، جازت شهادته له، قال ابن حبيب: وأما إن كان المشهود له فى عيال الشاهد فتجوز شهادته ههنا، قال بعض المتأخرين: ينبغى ألا تجوز شهادته بمال، لأنه يدفع بذلك نفقته وإن كانت لا تلزمه، ولأن ترك النفقة على أخيه والصلة له معرة فيتهم بهذا، وأما إن كان المشهود له أجنبيا وهو فى عيال الشاهد فشهادته له جائزة، قال ابن يونس: وهذا استحسان ولا فرق بين القريب والأجنبى فى رواية ابن حبيب، ولا تجوز شهادة الأخ لأخيه بما فيه منزلة أو بما يدفع عنه به عارا.

مسألة: قال فى «معين الحكام»: ولا تجوز شهادة الأخ لأخيه فى الفرية والنكاح إلى من يتشرف بالنكاح إليه، وتجوز شهادته له فى الدين إذا كان الشاهد مبرزًا فى العدالة ولم يكن فى عيال المشهود له، وفى «أحكام القرآن» لابن الفرس، وقال غير ابن القاسم: لا تجوز شهادة الأخ لأخيه مطلقًا وإنما تجوز على شرط.

واختلف فى الشرط ما هو، ففى «كتاب ابن المواز»: لا تجوز شهادته إلا أن يكون مبرزًا، وقيل: تجوز إذا لم تنله صلته، وقال أشهب: تجوز فى اليسير دون الكثير، إلا أن يكون مبرزًا فتجوز فى الكثير، وفى «المذهب»: وفى شهادته له بمال أربعة، ثالثها: إن كان مبرزًا جازت، ورابعها: تجوز فى اليسير دون الكثير.

مسألة: واختلف أيضًا فى «المذهب» فى شهادة الرجل لابن امرأته ولأبيها، ولامرأة أبيه، والمرأة لابن زوجها، وفى شهادة الرجل لزوجة ابنه، ولزوج ابنته فلم يجز ذلك ابن القاسم، وأجازه سحنون.

مسألة: قال ابن راشد: وشهادة الرجل لابن أخيه ولعمه ولابن عمه جائزة بالمال، ولم يجزها ابن كنانة إلا فى اليسير.

تنبيه: كل موضع تمنع فيه شهادة الأخ لأخيه فلا يجوز تعديله لمن شهد له بذلك، ولا تجريحه لم جرح من شهد له، ولا يجرح من شهد عليه بما يؤدى إلى عقوبته.

مسألة: واختلف فى شهادة الأب لأحد ولديه على الآخر، وفى شهادة الولد لأحد أبويه على الآخر، قال ابن محرز والصواب: الإجازة ما لم يكن ميل للمشهود له أو تهمة.

مسألة: وتجوز شهادة الابن والأب والزوجين كل واحد منهما للآخر، على أنه وكل فلانا لا أن فلانا وكله.

السبب الرابع العداوة: ولاتقبل شهادة العدو على عدوه وتقبل له، وشرطها أن تكون العداوة فى أمر دنيوى من مال أو جاه أو منصب أو خصام أو ما فى معنى ذلك، بخلاف الدينية إلا أن يؤدى إلى إفراط الأذى من الفاسق المعادى لفسقه لمن غصب عليه وهجره لله تعالى لأن ذلك ربما أورث الشحناء.

مسألة: واختلف فيمن كانت عنده شهادة وكان يذكرها ثم عاداه المشهود عليه فاحتيج إلى القيام بها، قال اللخمى: وقبولها هنا أخف إذا كانت قد قيدت، قال: واختلف فى شهادته على ابن عدوه بمال أو بما لا يلحق الأب فيه معرة، فأجازها محمد وإن كان الأب حيًا والابن فى ولايته. وقال ابن الماجشون: تجوز إذا لم يكن فى ولايته، وقال أيضًا: لا تجوز إذا كان الأب حيا، يريد وإن كان الابن رشيدا لأن فيه إدخال الغم على أبيه، وحكم الأم والجد حكم الأب؛ انظر «ابن يونس».

فإن شهد عليه بمال بعد موت أبيه جازت وإن شهد على الأب لم تجز وإن كان المال قد صار للولد، وقال ابن القاسم: لا تجوز إذا كان عدوا لأبيه وشهد بعد موته.

مسألة: واختلف أيضًا إذا شهد على صبى فى ولاية عدوه، فأجازها ابن القاسم، ومنعها مطرف وابن الماجشون.

مسألة: وإذا كان رجلان متهاجرين لم تجز شهادة أحدهما على الآخر، فإن اصطلحا فقال محمد تجوز، وقال مطرف وابن الماجشون: إن كانا يحدثان الصلح لم تجز وإن طال وصح صلحهما جازت وقال ابن كنانة: إذا كانت الهجرة خفيفة عن أمر خفيف جازت وهذا يحسن فى المبرز، وقال ابن الماجشون: إن سلم عليه ولم يكلمه لم تجز شهادته، وفى «ابن يونس»: قال مطرف وابن الماجشون: ولو شهد شاهدان على صبى بجرح وهما عدوان لوصية لم تجز شهادتهما لأن ذلك يصير فى ماله فكأنهما على الوصى شهدا، وكذلك لو شهدا على ميت بمال وهما عدوان لوصية لم تجز شهادتهما، لأنهما يخرجان ما بيده.

السبب الخامس: الحرص على زوال التغيير وذلك يكون بوجهين.

أحدهما: إظهار البراءة مثل أن يشهد فترد شهادته لفسقه، ثم يشهد بتلك الشهادة بعد أن صار عدلا فترد لاتهامه على دفع عار التكذيب، وكذلك إذا ردت لكفره أو صباه أو رقه.

الثاني: قصد التسلى والتأسى، كشهادة المقذوف فى القذف، وشهادة ولد الزنا فى الزنا اتفاقًا، وكشهادة من حد فى مثل ما حد فيه على المشهور، وقيل: تقبل.

السبب السادس: الحرص على تحمل الشهادة أو أدائها أو قبولها أما التحمل فهى شهادة المختفى، وقد ذكرتها فى «باب شهادة الاستغفال»، وأما الحرص على الأداء فمثل أن يبدأ بالشهادة قبل طلب صاحبها وهو حاضر والحق مالى، فإذا أداها سقطت، وينبغى أن يعلم صاحبها بها إن علم أنه غير عالم بها، وقد تقدم بعض هذا ولو كان غائبًا، ففى وجوب القيام بها قولان، وأما لو كانت فى حقوق الله تعالى فقد تقدم الكلام على ذلك، والفرق بين ما يستدام فيه التحريم وبين ما لا يستدام.

وأما الحرص على القبول فهو أن يحلف علي صحة شهادته إذا أداها وذلك قادح فيها لأن اليمين دليل علي التعصب وشدة الحرص على نفوذها، قال بعضهم: إلا أن يكون الشاهد من جملة العوام فإنهم يتسامحون فى ذلك، فينبغى أن يعذروا ما لم تقم قرينة تدل على التعصب وكذلك لو خاصم الشاهد المشهود

عليه، فإن ذلك دليل على التعصب وذلك موجب لافتقاره إلى من يشهد له بصحة ما خاصم فيه.

هذا إذا كان فى آدمى فإن كان فى حق الله تعالى فقد تقدم الحكم فيما إذا كان الشاهد هو القائم على المشهود عليه.

السبب السابع: الاستبعاد لصحة وقوع ما شهد به الشاهد، والأصل في ذلك قوله ﷺ: «**لا تقبل شهادة البدوى على القروى**» قال ابن عبد الحكم: تأوله مالك على أن المراد به الشهادة فى الحقوق والأموال، ولم يرد الشهادة فى الدماء وما فى معناها مما تطلب به الخلوات؛ فلذلك قلنا: لا تجوز شهادة البدوى على الحضرى ولا شهادته له فى الحقوق التى يمكن الإشهاد عليها فى الحضر دون الجراح والقتل.

وقال اللخمى: تجوز فى القذف والجراح والقتل وفى المال والنكاح، إذا قال: مررت بهما، أو كنت جالسًا فسمعته يقر له بكذا، أو باع منه كذا، أو تنازعا فى النكاح فأقر بالعقد، ولا تجوز فى الوثائق والصدقات ولا فيما يقصد فيه الاهتمام بالشهادة، إلا أن يعلم مخالطته لهما أو يجمعهم سفر.

وكذلك شهادة بين حضرى وبدوى لا تجوز إلا على كما فسرناه، إلا أن يكون البدوى من قرية الشاهد فيشهد بمداينة كانت فى قريته أو فى الحاضرة إذا كان معروفًا بالعدالة وممن يعول فى المداينة على مثله.

مسألة: وفى «المدونة»: لا تقبل شهادة السؤال إلا فى التافه اليسير لحصول الريبة، واستبعاد إشهاد الفقراء دون من عرف بالشهادة، فإن الناس غالبًا إنما يقصدون بوثائقهم المعتبرة أعيان الشهود، وعلى هذا فتقبل شهادتهم فيما لم يقصدوا إلى الإشهاد فيه، كما لو قال السائل: مررت بفلان وفلان وهما يتنازعان، فأقر فلان لفلان بكذا، فإن كانوا فقراء غير سؤال أو سؤالا للإمام والأعيان من الناس عند نائبة تنوبهم قبلت مطلقًا على الأصح، ومراده أنهم لا يقبلون الصدقة أيضًا ومقابل الأصح رد شهادتهم بشرط أن لا يكونوا ظاهرى العدالة، وأن يكون المال المشهود به كثيرًا كخمسمائة دينار، وهو قول بعيد، لأن الفقر ليس بعيب، لا سيما إذا لم يسأل ولم يقبل الصدقة، وقال بعض الشيوخ: إذا كان الفقير لا يسأل ولكنه إذا أعطي الصدقة قبلها فإن حكمه حكم من يسأل.

فصل: عشر مسائل يشترط فيها التبريز فى العدالة عند ابن القاسم.

الأولى: شهادة الأجير لمستأجره إذا لم يكن فى عياله.

الثانية: شهادة الأخ لأخيه بمال.

الثالثة: شهادة المولى لمن أعتقه.

الرابعة: شهادة الصديق الملاطف لصديقه.

الخامسة: شهادة الشريك المفاوض لشريكه فى غير مال المفاوضة.

السادسة: شهادة المنفق عليه للمنفق.

السابعة: إذا زاد فى شهادته أو نقص منها بعد أن شهد بها.

الثامنة: إذا سئل عن شهادة فى مرضه فقال: لا أعرفها ثم شهد بها بعد ذلك وذكر الوجه الذى امتنع به من الشهادة فى مرضه.

التاسعة: شهادة الصناع ولمن يكثر استعمالهم للتهمة فى جر أعمالهم إليهم وتوقيفهم عليها.

العاشرة: الشهادة للصانع إذا كان مثله يرغب فى عمله، ولا عوض منه؛ من «المتيطية» ومن «معين الحكام»، ومن «ابن راشد».

***

الفصل السابع

فيما ينبغى للشهود أن ينتبهوا له فى تحمل الشهادة وأدائها مما يقع فيه الغلط والتساهل المذموم

قال أبوا عبد الله بن المناصف فى «تنبيه الحكام على مآخذ الأحكام»: وينبغى التنبه والتحفظ من الغفلة فى الشهادة، والمسامحة التى جرت بها العادة، وقد شهدنا فى أحوال بعض الشهود من قلة الضبط وغمض الحق ما أوردهم ذلك موارد منكرة، ويظنون أنهم على سواء السبيل اقتداء من بعضهم بمسامحة بعض على غير علم باهتداء ولا أصل اقتداء، واعتيد ذلك حتى وقع الإنكار على من أنكر عليهم، وسنشير من ذلك إلى مواضع.

فمن ذلك الاسترسال فى تقييد الشهادة على معرفة الشهود عليه، وذلك إنما يصح بعد حصول معرفة العين والاسم معا، ولا يكتفى فى ذلك بمعرفة العين، يعنى أن يعرف المشهود عليه بعينه ولا يعرف اسمه ولا نسبه فقط، لأن ذلك يختل من وجوه إذ من الجائز أن يخدعه فيتسمى له باسم غيره ليوجب عليه حقًا وهو لا يشعر بذلك، وقد تطول المدة فينسى عين المشهود عليه، أو يحكم عليه بتلك الشهادة فى غيبته، ويكون قد تسمى المشهود عليه باسم ذلك الغائب، فتقوم البينة على الغائب ويحكم، وهو لا يشعر، وليس هو المشهود على معرفته بالعين، وغير ذلك من الوجوه مما فساده ظاهر وضرره متفاقم، فليست هذه هى المعرفة المقصودة فى هذا الباب.

بل يحق عليه مع ذلك معرفة الاسم الذى يتميز به مثل أن يعرف أنه فلان بن فلان أو ما أشبه ذلك مما يزول معه الاشتراك أو يخف ولا يكفى معرفة اسمه خاصة دون معرفة اسم أبيه أو ما يقوم مقامه فى التعريف والاختصاص، وقد استحب بعضهم أن يزيد اسم الجد لأنه أضبط وأبعد لما يتوقى من اشتراك الأسماء فى المسمى وأبيه.

قال ابن المناصف: وكذلك أيضا لو عرف الاسم دون العين كما لو كان يسمع برجل مشهور لم يقف على عينه فقيل له: هذا فلان، ولم يتقرر عنده تقررا يوجب العلم بصحته فلا يقدم على تقييد الشهادة فى المعرفة بمجرد شهرة الاسم عنده، فكل ذلك غلط وتدليس، والوهم فيه ممكن فلابد من معرفة الأمر جميعا فى الاسم والعين.

قال ابن الحاجب: ومن لا يعرف نسبه فلا يشهد إلا على عينه، قال ابن عبد السلام: هذا هو الصحيح لاحتمال أن يضع الرجل اسم غيره على اسمه أو بالعكس.

وقال بعض الأندلسيين: يكتب اسمه وقريته ومسكنه ويجتزئ بذلك، وقال غيره: الأحسن أن يكتب نعته وصفته ويشهد الشهود على الصفة حيا أو مات أو غائب، قال: والذى قاله المؤلف هو التحقيق.

ونحو ذلك: أن يتردد عليه رجل يتسمى بفلان بن فلان أو يخالطه مرة أو مرتين فلا يعجل بالشهادة بالمعرفة، حتى يحصل من التردد واشتهار عينه واسمه بمحضر غيره من الناس وتواطئهم عليه ما يقع لديه المعرفة التى لا يشك فيها، وهذا باب كبير غلط فيه الجمهور.

ومن ذلك: أن يأتيه الرجلان لا يعرف إلا أحدهما فيشهده أنى قبضت من هذا ويشير إليه ولا يذكر اسمه حقا لى عليه وهو كذا وكذا أو أبرأته أو له على كذا وما أشبه ذلك مما يتعلق فيه الحق للمجهول عنده، ثم ينصرف المقر ويريد المشهود له تقييد الشهادة فينبغى للشاهد التوقف، إلا أن يكون يعرف المشهود له أيضا، وقد كان سأل عن اسمه وما يتميز به بمحضر المقر له فوافق على ذلك، وأما إن اعتمد على قول المشهود له فى غيبة المقر أن اسمه فلان فلا يصح لأنه ربما سمى له غير نفسه ممن عليه للمشهد الغائب حق كثير ليضيعه، أو خصام شديد ليقطعه وما أشبه ذلك مما يتأذى به الغائب.

ولا ينبغى للشاهد أن يتوهم أن أحدا لا يفعل مثل هذا، فقد يفعل ذلك لوجوه وإقدام الشاهد على ذلك أمر قادح وغلط واضح.

ومن ذلك: أن يأتى الرجل قوما بوثيقة كتبها على نفسه لرجل غائب، فيشهدهم فيها لا أرى أن يشهد فيها لأنى أخاف أن يكتب على نفسه للغائب فيستوجب مخالطته، فيخلفه إذا ادعى عليه؛ قاله ابن القاسم فى «سماع يحيى».

ومن ذلك: أن يشهده على من لا يعرف فيريد أن يكتفى بتعريف غيره من الناس، وقد يكون المعروف عنده غير معروف أو لا يجوز قبول قوله فى شىء، وهذا من أعظم الجرأة فى الإقدام على المسلمين، والذى ينبغى لمن صح دينه وراقب الله تعالى أن يصرف كل من لا يعرفه فى الشهادة إلى غيره ممن يعرفه مهما أمكن ذلك، فإن اضطره إلى الشهادة عليه أمير أو كان لذلك وجه، فليكن المعرف رجلين فصاعدا ممن يرضى دينهما ويستجيز شهادتهما ويسميهما، فيكون كالشهادة على الشهادة، أو يتقرر عنده من ترادف التعريف وقرينة الحال ما يأمن التدليس معه، كما لو استظهر بسؤال من لا يفهم غرضه فى ذلك ولا حضر أول الأمر، بحيث يؤمن تواطؤه معهم فى ذلك التعريف.

فإذا تقرر له أن الكشف على هذا الوجه وشبهه فلا بأس أن يكتفى به فى حكم التعريف، وإن لم يكن فيهم عدول، لأنه علم استقر عنده بالضرورة، ولابد له مع ذلك فى تقييد الشهادة من التنبيه على أنه عرف به على وجه كذا وكذا، فيذكر المعرفين إن كانوا عدولا، والوجه الذى تقرر ذلك به عنده.

وإذا كان التعريف على غير هذين الوجهين فهو باطل لأنها شهادة على قول من لا يقبل، وذلك ضلال مبين وتدليس على حكام المسلمين.

ومن ذلك: إذا أدعى رجل على آخر بدعوى فلم ينكر الخصم دعواه ولا أقر بها، بل قال عقيب دعواه عليه: وأنا لى أيضا عليك مال أو شىء سماه، فقال المدعى لمن سمع كلامه أشهد والى عليه بإقراره فلا يشهدوا عليه بشىء، وقد سئل المازرى عن ذلك، فقال: هذا ليس بصريح فى التزام ما ادعى به عليه، وقد يكون مقصده مقابلة الفاسد بالفاسد، وذلك من وجوه الجدال ذكره الشيخ أبو القاسم بن مشكان القيروانى عن شيخه المازرى -رحمه الله تعالى.

ومن ذلك: ما أهملوه من سؤال المعتدة إذا أرادت النكاح ومباحثتها عن انقضاء

العدة بما تفهم به أحكامها من التفصيل وتعيين الأقراء ونحو ذلك من شرط الحيضة فى عدة الوفاة فينبغى الاجتهاد فى ذلك، ولا يكتفى بقولها قد انقضت عدتى على الإجمال، فإن النساء اليوم قد جهلن ذلك جهلا كبيرا، بل جهله كثير ممن يظن به علم، ويرى لنفسه حظا وتقدما، قال: ولقد عاينت بعض الجهلة من الموثقين يستغنى عن سؤال المرأة جملة، إذا هو وجد لتاريخ الطلاق شهرين فصاعدا، واتخذ اليوم هذا المقدار من المدة كثير من النساء والرجال أصلا فى إكمال عدة الطلاق، وما أدرى كيف كان أصل هذا الغلط القبيح.

ومن ذلك: ما استخفوه من تقييد العيوب التى يشترطها الدلالون فى المبيع من الدواب والرقيق والرباع ونحو ذلك مما يسترسلون فى تصديقه، وربما عدوا أشياء محفوظة عندهم، وقد يكون بعضها فى المبيع وأكثرها باطل متحقق الكذب، ويفعلون ذلك لوجوه من مخادعة البائع والمشترى، فقد يغتر البائع فى إمضاء البيع إذا سمع كثرة ذلك فى سلعته إبهاما منهم له وإظهارا للتصحيح، ويغتر المشترى أيضا فى التزام تلك العيوب اعتمادا على أنها أو جلها باطل وتشديد فى البيع لما عهد الناس من زياداتهم الكاذبة وجرت به عادتهم الفاسدة، فيرضى بما يشترطونه من ذلك، وقد يدسون فى أثناء هذه العيوب الكاذبة له عيبا أو عيبين هى ثابتة فى المبيع عظيمة الضرر يجهلها المشترى بجهل غيرها، إذ لا علم عنده بحقيقة ذلك، فهو لو علم بثبوتها قطعا ما رضى ولا أقدم على الشراء بوجه. فهذا مما غفل الموثقون اليوم عنه والحكام أيضا، مع كثرة وقوعه جدا، لاسيما من الدلالين على الدواب، وفى ذلك من الفساد وجوه.

منها: إقرارهم على التكاذب وأمضاؤهم له.

ومنها: التدليس على المشترى بالعيب الثابت من جملة العيوب التى يحملها على المبالغة والكذب.

ومنها: إيقاع الشهادة على ما علم الشاهد غيره من باطن الأمر، لأنه يتحقق كما يتحقق المشترى أن بعضها أو جلها من زيادة النخاسين وكذبهم، فينبغى ألا يقبل منهم فى ذلك إلا ما يصح ويمكن، وأشباه هذا كثير.

وإنما نبهنا منه على الآكد إذ لا يمكن حصـر ما يقع من الغلط والسهو، لأنه لا يجرى على أصل.

قال: وأكثـر هذه الأشياء مما ذكرناه أو لم نذكـره لا يستطاع الانفصـال عنها فى البلد التى اعتيدت فيه إلا باعتناء القاضى بهـا، والتقدم فيها وموالاة البحث عنها، والتعنـيف لمن يواقعهـا، لأن ما يعـتاده الجـمهور لا يصـرفهم عنه توقـى الواحد والاثنين له، ولا تعليم المعلمـين ووعظ المجتـهدين، مـا لم يكن فيـها إرهاب من السلطان فينبغى للقاضى ويحق عليه الاعتناء بمثل هذه الأشياء والتنقيب عن أمثالها ورد مسائل الشرع إلى أصولها.

فصل: لا ينبغى للشاهد أن يشهد فى كتاب مختوم لأنه لا يدرى ما فيه، ولعله لا يكون فيه شىء أصلا، أو لعل فيه ما لا يحل سماعه من المحظورات، فإن وثق بصاحبه وأمن مما ذكـرناه ودعته الثقة به إلى الشهـادة ففى جواز الإقدام على ذلك خلاف.

قال المازرى فى «شرح التلقين»: وإن دفع رجل إلى الشهود صحيفة مطوية، وقال لهم دافعها: أشهدوا على بما فيها ولم يعرف الشهود ما تضمنته، فإن القاضى عبد الوهاب ذكر فى «المعونة»: أن فى هذا روايتين عن مالك، بجواز الشهادة وقبولها، وبالمنع من ذلك، ورجح القاضى إسماعيل الجواز، واحتج له ووافقه المازرى.

وفى «مختصر أبى بكر الوقار»: لا يجوز للشهود أن يشهدوا بما فيها إلا أن يكون كل منهم ختم عليها ختما يعرفـه، فإن كانت عند أحدهم ولم يختم عليها إلا هو لم يجز لهم أن يشـهدوا بما فيـها، ولا يشهد فـيها إلا هو لاحـتمال الزيادة فيـها والنقص منها.

فصل: ومن كتاب «آداب الشهادة» لأبى الفضل العـباس بن إسماعيل بن حبيب الجوهرى قال: ينبغى للشاهد إذا جىء إليه بكتاب ليشهـد فيه أن يقرأ جميع ما فيه ليعرف الخطأ إن كـان فيه من الصواب، والصحـيح من السقيم، فيعرف مـا يشهد عليه، ولتكن قراءته إياه على المشهود عليه.

وكذلك ينـبغى له تجنيب الشـهادة على النسـاء اللاتى ليس له بهن خلطة، فلن

تنضبط معـرفة المعروفة منهن، فكيف بالمجهولة، والتى لا يراها الـشاهد فى عمره إلا مرة واحدة، وهى متخـفية مستترة، أو من وراء حجـاب متكلمة، ولذلك قال مالك: وتكشف من لا تعرف ليشهد على رؤيتها، ويتثبت فى شخصها.

قال ابن الحاجب: ولو عرفها رجلان يريد عدلين، ففى جواز أدائه عليها قولان. قال ابن عـبد السلام: والأقـرب أنه نقل شهادته عنهـما فيـقبل عند تعذر أدائهـما ويسميهما ليعذر إلى المشهود عليه فيهما.

قال ابن الحاجب: أما إذا حصل العلم بامرأة فـلا إشكال لحصول العلم بها، لأن خبر الواحد قد تقترن به قرينة فيفيد العلم.

وقال أصبغ فى السامعين من المنكحة: وإن لم يعرفاها، هذا أمر لا يجد الناس منه بدا ومن الناس من لا يرى موليتـه حتى تبلغ النكاح فلا حرج على السـامعين فى ذلك، لأنه موضع ضـرورة، وأما فى الحقوق من البـيوع والوكالة والهبـات وغير ذلك، فإن كان الشهود لا يعرفونهـا فليس الحكم كذلك، ولا أرى أن يشهد عليها فى مثل هذا إلا من عرفها بعينها؛ انظر «مفيد الحكام».

وكذلك ينبـغى أن يتجنب الشهـادة لمن يتهم بسبـبه من قريب أو صديق وشـبه ذلك، وكـذلك ينبغى أن يتـجنب الشهـادة على شهـادة ذى جرحـة أو متـهم فى الشهادة فيما نقل عنه، ومن لا يقبل مـثله فى ذلك الحق خوفا من غلط الحاكم فيه إذا نقل إليه الشهـادة لأن نقلك عنه يوهم عدالته، ولا بأس أن تشهـد على شهادة من لا تعلمه بجرح ولا تعديل؛ من «تنبيه الحكام».

وكذلك ينبغى له أن يـتحفظ من التزوير عليه فى الخط، فـقد هلك بذلك خلق عظيم، وكذلك ينبغى له أن يتأمل الأسماء التى تنقلب بإصـلاح يسير فيتحفظ من تغييرها نحو مظفر فإنه ينقلب مظهر، ونحو بكر فإنه ينقلب بكير، ونحو صقر فإنه يجىء ظفر، فيكون فى أصل الكتـاب صقر بن ظفر مثلا فيـصلح ظفر بن مظهر، ونحو حبيب فإنه يجىء منه محمد، ونحو عائشة فإنه ينصلح عاتكة، ويجىء منها أيضا فـاطمة، ويجىء من زاذان شادان، ويجىء من ياقوت يعـقوب، ويجىء من جميل كميل، ويجىء منه أيضـا خليل، ويجىء من يسار بشار، ويجىء منه أيضا

بكار، ويجىء منه أيضا نصار، ويجىء من عبد المجيد عبد الحميد، وهذا باب واسع يكفى التنبيه عليه بهذا.

وقد يكون آخر السطر بياضا فيمكن أن يزاد فيه شىء كما لو كان آخره بكر فيزاد بكران، أو يكون عمر فيجعل عمران.

وكذلك ينبغى له أن يحذر من أن يتم عليه زيادة حرف فى الكتاب فقد تغير الألف المعنى إذا زيدت. مثاله: أن يقر رجل بألف درهم لرجل فيكتب فى الوثيقة أقر أن له عنده ألف درهم، فإن لم يذكر نصف المبلغ أمكن بعد زيادة ألف فصارت ألفا درهم، وكذلك لو كان فى الوثيقة أنه أقر بألف درهم لزيد وعمرو فإذا زيدت ألف بين زيد وعمرو صارت لزيد أو عمرو، فبطل الدين من أصله، لأن الألف لم يجزم بها لواحد منهما وقد يكون فى الكتاب دينار واحد فيجعل دينارًا ونصفا، لأن الواحد يصلح ونصف، وكذلك ينبغى للمشاهد أن يتفقد حواشى الكتاب، فقد يبقى منها ما يمكن أن يزاد فيه ما يغير حكم الكتاب كله أو بعضه.

فصل: إذا شهدت فى كتاب فيه ثقب، فإن كان مما هو فى أصل الورقة فنبه على ذلك فتقول: وفى سطر كذا من هذا الكتاب ثقب قبله كذا وبعده كذا، وكذلك تفعل إذا كان ذلك فى عدة مواضع، ولا تكتب أن فى الكتاب قرض فأر فإنك لا تدرى أقرضه الفأر أو غيره؟ وإن شهدت فى كتاب سليم من الآثار ثم وجدت فيه أثرا حين الأداء، فإن كانت مقاصد الكتاب قد سلمت أقمت الشهادة، وقلت: خلا مواضع الآثار وهى كذا وكذا موضعا، وتصفها وتقول: إنها كانت سليمة يوم وضع الشهادة، وإن كان القرض فى موضع يحيل معنى من مقاصد الكتاب فلا تشهد أصلا.

فصل: وإذا كنت أول من يشهد فى كتاب فانظر آخر حرف من آخر الكتاب، فاكتب فيما يليه بغير فرجة تتركها بين شهادتك وبين آخر حرف من الكتاب، لئلا يغير فى الكتاب شىء، ويعتذر عنه فى تلك الفرجة، فإن كانت ضيقة لا تسع الشهادة فسدها بحسبنا الله أو بالحمد لله، وانو ذكر الله تعالى، ولا تضعها فى آخر السطر من الكتاب بلا نية فقد نص القرافى على النهى عن ذلك.

فصل: إذا كان آخر السطر من الكتاب قد استوفى آخر السطر ولم تبق فرجة وكنت أول من يشهد فاكتب فى أول سطر يليه يمنة الكتاب، ولا تكتب يسرته فتبقى فرجة هى بعض سطر، فيكتب اعتذارا عن إلحاق أو كشط أو غير ذلك.

فصل: إذا شهد قبلك شهود ثم جيء إليك بالكتاب فتأمل شهادة أولهم، فإن كان بينها وبين آخر حرف من الكتاب فرجة يمكن أن يكتب فيها شيء، فصحح أنت فى تلك الفرجة هكذا: «صح صح» حتى تشغل تلك الفرجة.

فصل: وإذا كانت شهادتك فى مسطور وهو من الورق الدمشقى فتأمله قبل أن تؤدى شهادتك فإنه ينبشر بشرا خفيا، كذلك ما يكتب فى بعض القراطيس فإنه يمحى بسرعة ويجعل فيه غير ما محى، ولاسيما إن كان الحبر مدادا، واحترز من الحبر الذى ينتفض.

فصل: وتأمل تعتيق الكتب فإن لهم فى ذلك حيلة يجعلون بها الكتاب الطرى كأنه عتيق.

فصل: وينبغى للشاهد أن يتأمل تاريخ المسطور وينظر فى العدد، فإن ستين تصير بسرعة ثمانين، وتصير سنة ثلاث وثلاثين سنة ست وثلاثين، فيبطل التاريخ، وتميز الفرق بين سبعة وتسعة، وخمسة عشر تُجعل خمسة وعشرين، والسبعين تصير تسعين، وكذلك تأمل عدد الدنانير والدراهم بحسب ما ذكرته، ولقد أجاد من يجعل فى المساطير كذا وكذا دنانير نصفها كذا وكذا، وبعضهم يزيد وربعها كذا وكذا.

فصل: وتأمل أسماء من فى الكتب وأنسابهم من البائع والمشترى والضامن إذا كنت ما تعرفهم معرفة تامة، ولا تقرأ عليهم الكتاب، وسلهم عن أسمائهم وأنسابهم، فقد يكون مزورا فما يعرف الشاهد اسم نفسه أو يجهل نسبه وينسى ما كتب فى الكتاب، فيضطرب عند ذلك، فإن كان شراء سألت البائع عما باعه هو كامل أو حصة، والملك فى أى موضع، وتسأله عن الثمن.

فصل: إذا كتب الشاهد فى شهادته أشهد على إقرار المقرين بما فى هذا الكتاب، فذلك غفلة منه، لأنه قد يقر بما فيه غير المسمين فيه، فلا ينبغى أن يقول أشهد

على إقرارهما بما نسب إليهما، لأن تلك شهادة ناقصة، وقوله: «على إقرارهما» إشارة إلى اثنين منكورين، وإنما يتأول فى حقه أنهما المسميان فى هذا الكتاب، وأنهما معروفان عنده، ويحتمل أنه لا يعرفهما فيجب أن يقول أشهد على المسميين أو المذكورين، لتكون شهادة مفسرة، فإن أتى بما تقدم ذكره فللحاكم أن يستفسره عن المشهود عليهما، فربما كانا غير معروفين عند الشاهد.

فصل: قال ابن حبيب، سمعت ابن الماجشون يقول: من كتب على رجل كتابا بحق له وأشهد عليه شهودا، ثم ادعى أن كتاب الحق قد ضاع وسأل الشهود أن يشهدوا له بما حفظوا من ذلك، فلا يشهدوا على حرف منه، وإن كانوا لجميع ما فيه حافظين، لأنه يخاف أن يكون قد اقتضى حقه ودفعه للمديان فمحاه، وقد اكتفى اليوم كثير من الناس بمحو كتب الحق من البراءة منها والإشهاد عليها، فإن جهلوا وقاموا بشهادتهم لم يسع الحاكم إلا قبولها، ويقال للمشهود عليه: أقم بينة ببراءتك، وبما تدفع به الشهادة، وقال مطرف: لهم أن يشهدوا، وإنما الكتب تذكرة، وقاله مالك، وقاله أصبغ: قال ابن حبيب: وهذا أحب إلى إن كان المدعى مأمونا، وإن كان غير مأمون فقول ابن الماجشون أحب إلى.

فصل: وإذا طلب منك ذكر معاينة قبض الثمن فى أداء الشهادة فألزمهم بإحضار الثمن ووزنه ونقده وتسليمه، حتى يكون موافقا لما ذكر فى الكتاب، فإذا صح لك ذلك قلت للبائع وقد قرئ عليك هذا الكتاب ووافقت على ما فيه وأشهد عليك بجميع ما فيه، وهذا إذا كان متيقظا يفهم ما كتب عليه وإلا فلا تشهد عليه حتى تفهمه مقاصد الكتاب، ثم تقول للمشترى مثل ذلك، وتشهد على إقراره بأنه تسليم ما اشترى، وإن استثنى شىء من المبيع أو اشترط عليه عيب نبهته على ذلك.

فصل: وإذا أثبتت بكتاب إجارة فتسأله هل هو وقف أو طلق فقد يكتب فى مدة إجارة الوقف أكثر مما يجوز.

فصل: وإن دعيت إلى الشهادة فى النكاح وكانت الشهادة على التعريف وحصلت لك ريبة تريد زوالها، فاسأل الولى عن اسمه ونسبه وما هو من الزوجة

وما اسمها ونسبها، وتنظر النسب بينهما فى الكتاب، ولا تضع شهادتك بأنه ولى حتى يصح ذلك عندك.

فصل: تجنب أن تشهد بموت غائب بتعريف من عرفك. فقد يكون بلغه ذلك بلاغا غير موثوق به، فتشهد بموته ثم يقدم فتكون فضيحة وتجنب أن تعرف بصحة ما عرفك به العوام ومن لا يضبط ما يقول.

فصل: إذا سئلت عما لا تذكره فقل ما أذكره، ولا تقل ما كان ذلك، فإنك قد تذكر فتقول قد ذكرته، ولو قلت ما كان ذلك ثم ذكرته وشهدت به كنت قد خالفت ما قلته أولا، وإن أمسكت عن الشهادة كنت مأثومًا، فاضبط هذا المعنى فإنه نافع فى أشياء كثيرة.

فصل: تجنب الشهادة على شهادة من لم تصح عدالته، فربما جعلت شهادتك على شهادته تعديلا منك له.

فصل
فى أحكام كاتب الوثائق

وينبغى أن يكون فيه من الأوصاف ما نذكره، وهو أن يكون حسن الكتاب، قليل اللحن، عالما بالأمور الشرعية، عارفا بما يحتاج إليه من الحساب والقسم الشرعية، متحليا بالأمانة، سالكا طرق الديانة والعدالة، داخلا فى سلك الفضلاء، ماشيا على نهج العلماء الأجلاء، فهى صناعة جليلة شريفة وبضاعة عالية منيفة، تحتوى على ضبط أمور الناس على القوانين الشرعية، وحفظ دماء المسلمين وأموالهم والاطلاع على أسرارهم وأحوالهم ومجالسة الملوك والاطلاع على أمورهم وعيالهم، وبغير هذه الصناعة لا ينال أحد ذلك ولا يسلك هذه المسالك.

وفى «التنبيه» لابن المناصف: ولا ينبغى أن ينصب لكتابة الوثائق إلا العلماء العدول، كما قال مالك -رحمه الله- لا يكتب الكتب بين الناس إلا عارف بها عدل فى نفسه مأمون على ما يكتبه، لقوله تعالى: ﴿وَلْيَكْتُب بَّيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ﴾ [البقرة: ٢٨٢].

وأما من لا يحسن وجوه الكتابة ولا يقف على فـقه الوثيقة فلا ينبغى أن يمكن من الانتصاب لذلك، لئلا يفسد على الناس كثـيرا من معاملاتهم، وكذلك إن كان عالما بوجـوه الكتابة إلا أنه متـهم فى دينه فلا ينبغـى تمكينه من ذلك، وإن كان لا يضع اسمه بـشهادة فيمـا يكتب، لأن مثل هذا يعلم الناس وجوه الشـر والفساد، ويلهمهم تحريف المسـائل لتوجه الإشهاد، فكثيرا ما يأتى الناس اليـوم يستفتون فى نوازل من المعاملات الربوية والمشاركة الفاسدة والأنكحة المفسوخة ونحو ذلك مما لا يجوز، فإذا صـرفهم عن ذلك أهل الديانة أتوا إلى مثل هؤلاء، فحرفـوا ألفاظها، وتحيـلوا لها بالعـبارة التى ظاهرها الجـواز، وهى مشـتملة على صـريح الفـساد، وأضلوا، وتمالأ كثيـر من الناس على التهاون بحدود الإسـلام والتلاعب فى طريق الحرام، ﴿وَسَيَعْلَمُ الَّذِينَ ظَلَمُوا أَيَّ مُنقَلَبٍ يَنقَلِبُونَ﴾ [الشعراء: ٢٢٧].

فصل: قال ابن المناصف: وإذا رأى السلطان من النظر للمسلـمين قصر الوثائق على إنسان بعينه أو اثنين، لكون ذلك الرجل يوثق به فى دينه ومـعرفته ونظره فى الوثائق، ولنفوذه فى مشكل النوازل، ولقصور غـيره عن إدراك تلك الحقائق فذلك سائغ حسن، بشرط كونه نظرًا للمسلمين لا قـصدا للمنفعة لذلك الرجل وتكثيرها له بما ينال من الأجرة عليهـا، ولا يحل للموثق نفسه أن يسـأل من السلطان قصر الوثائق عليه، وإن كان أهـلا لمعرفتها إذا قصـد الاستكثار من الفائدة لنفـسه، فإن فعل ذلك ورغب فيه فهى جرحة فى حقه وقدح فى عدالته.

وفى «أحكام ابن سهل»: لا كثـر الله أمثال هذا الفقيـه إذ طلب ما لا يجوز له ولا يحل له، ومن طلب ذلك فإمامته غيـر جائزة وشهادته ساقطة أما إن فعل ذلك احتسابا، فإن الله تعالى لا يضيع أجر المحسنين.

فصل: وفى «العالى الرتبـة فى أحكام الحسبـة» لأحمد بن مـوسى بن النحوى الدمشقى الشافـعى، فيما يتعلق بالموثق مما لا يخالف قواعد مـذهب مالك -رحمه الله- قال: وإذا كتب الموثق كتابا بدأ بعد البسملة بذكر لقب المقر واسمه واسم أبيه وجده، وقـد تقدم أن ذكر الجـد استحسنه بـعض المتأخرين من المالكيـة، ثم يذكر قبـيلته وصناعتـه ومسكنه، ويحليه إن لم يكن مـعروفا، وهذا أحـد الأقوال التى ذكرها ابن عبد السلام عن المذهب.

قال: وإن كـان معروفا كـتب: وشهود هذا الكتاب به عـارفون وله محقـقون، وكذلك يفعل فى اسم المقر له، ثم يؤرخ مكتوبه باليوم والشهر والسنة، وعندنا أنه يلزم التاريخ بالسـاعات فى خمسة أشـياء ذكرتها فى القـضاء بشهادة الاسـترعاء، قال: فإذا فرغ الكاتب من ذكر كتابته استوعبه وقرأه وتميز ألفاظه.

وينبغى أن يميـز فى خطه بين السبعة والتـسعة، وإن كان فيـه مائة درهم كتب بعدها واحدة، وينبـغى أن يذكر نصفها فـإن كانت ألفا كتب واحدة وذكر نصـفها رفعا للبس، وإن كانت خمسة آلاف زاد فيها لامًا فصيرها آلاف لئلا تصلح الخمسة فتصيـر خمسين ألفا، ويحترز بذكـر التصنيف مما يمكن الزيادة فيه كالخمـسة عشر تصير خمسة وعشرين، والسبعين تسعين، فإن لم يذكر الكاتب النصف من المبلغ، فينبغى للشـهود أن يذكروا المبلغ فى شهادتهم لئـلا يدخل عليهم الشك لو طرأ فى الكتاب تغيير وتبديل، وإن وقع فى الكتـاب إصلاح أو إلحاق نبه عليه وعلى محله فى الكتاب، وينبغى له أن يكمل أسطر المكتوب جميعها لئلا يلحق فى آخر السطر ما يفسد بعض أحكام المكتوب أو يفسده كله، فلو كان آخر سطر مثلا وجعل النظر فى الوقف المذكور، وفى أول السطر الذى يـليه لزيد، وكان فى آخر السطر فـرجة أمكن أن يلحق فيها لنفسه ثم لزيد، فـيبطل الوقف، وما أشبه ذلك، فإن اتفق أنه بقى فى آخر السطر فرجة لا تسع الكلمة التى يريد كتابتـها لطولها وكثرة حروفها، فإنه يسد تلك الفرجة بتكرار تلك الكلمة التى وقـف عليها أو كتب فيها صح، أو صادا ممدودة، أو دائرة مفـتوحة ونحو ذلك مما يشغل به تـلك الفرجة، ولا يمكن إصلاحها بما يخالف المكتوب.

وإن ترك فرجة فى السطر الأخيـر كتب فيها حسبي الله والحمد لله، مـستحضرا لذكر الله ناويا له، أو يأمر أول شـاهد يضع خطه فى المكتوب، أن يكتب فى تلك الفرجة، وإن كتب فى ورقة ذات أوصال كتب علامته على كل وصل، وكتب عدد الأوصـال فى آخـر المكتـوب، وبعضـهم يكتب عـدد أسطر المكتـوب، وإن كـان للمكتوب نسخ ذكـرها وذكر عدتهـا وأنها متفـقة، وهذا نبه عليـه ابن سهل وابن الهندى وغيرهما.

فصل: وإذا حضر عند الموثق رجل وامرأة وادعيا أنهما زوجان بعقد صحيح وأن

المكتوب الذى بينهما عدم ويقصدان تجديد كتاب الصداق، فإن كانا غريبين طارئين فالقول قولهما، وإن رأى ريبة تركهما، وإن كان قدومهما مع رفقة يعلمون أنهما زوجان فليكشف أمرهما من الرفقة، وينبغى أن يسأل كل واحد من الزوجين بانفراده ويمتحنهما فى المسألة بما يزيل عنه الريبة، فإن زالت الريبة وإلا دفعهما عنه، وإن كانا بلديين فلا يكتب لهما حتى يصح عنده أنهما زوجان.

فصل: وإن حضر رجل وزوجته وطلب الزوج أن يكتب له على زوجته أنها أبرأته من الصداق، أو من النفقة والكسوة، ونحو ذلك، فلا يكتب لهما حتى يصح عنده أنها غير محجور عليها باب أو وصى أو حاكم، وإن كانا غريبين لم يكتب لهما.

فصل: وإذا حضرت امرأة وأرادت أن يكتب لها هبة شىء من مالها، فإن كان أزيد من الثلث ولها زوج لم يكتب لها ذلك لحق الزوج فى ذلك، وإن لم يعلم حالها سأل عن حالها وهل لها زوج أم لا.

فصل: وإذا كتب عقد استحلال فإن كان عاقد النكاح مالكى المذهب فلا يكتب ذلك إلا بإذنه، وله أن يكتبه إن كان العاقد حنفيا أو شافيعا.

فصل: وإذا حضر رجل بمفرده أو مع امرأة وذكر أنها زوجته وأنه يقصد طلاقها وليس معها كتاب نكاح يدل على الزوجية وأراد كتابة الطلاق فى ورقة مجردة فليتحرز، فإن بعض الناس يجعل ذلك صورة وليست زوجة له، بل يريد بكتابة الطلاق حتى يحضر عند شهود ويراجعها، وتكون ورقة الطلاق تدرأ عنه التهمة، فينبغى التحرز فى ذلك.

فصل: وقد تقدم فيما يتعلق بالشاهد أنه لا يشهد على من لا يعرف إلا بعد معرفة اسمه وعينه ونسبه، فكذلك ينبغى للموثق الاحتراز منه، فقد يحضر إلى الموقف رجل يدعى أن اسمه كذا، ويسأله أن يكتب عليه مسطورا بألف درهم لفلان، فلعل ذلك قد تسمى باسم غيره، ثم بعد مضى زمان يخرج المكتوب ويدعى به على صاحب الاسم، ولعل الكاتب قد نسبه أو مات وماتت الشهود، وثبت ذلك بالخط، فيحكم على ذلك المدعى باسمه وهو برئ، فلا ينبغى أن يكتب إلا لمن عرف اسمه وعينه معرفة تامة، وكذلك الحكم فى كل كتاب من مبايعة أو وقف أو تمليك أو عتق أو صداق أو طلاق، لا يكتفى بمجرد قول الشخص أنا فلان

ولا بالحلية على المشهور كما تقدم، فإن الحلية تتغير والناس يتشابهون، فينبغى أن يكون الكاتب ذكيا فطنا عارفا، لئلا يدخل الضرر على الناس بجهله بالصناعة.

فصل: وينبغى له أن لا يكتب لأحد مبايعة إلا بعد أن يحضر كتبها، فإن شهدت بصحة ما يطلب كتابته بانتقالها إليه بشراء أو ميراث أو صدقة ونحو ذلك كتب، وكذلك كتب الإجارة، ومتى لم يحضر شيئا من ذلك فلا يكتب له، إلا أن يكون رجلا معروفا مشهورا بالصدق والأمانة، وإن لم يكن معروفا وادعى أن المبيع ملكه وأن كتبه ضاعت فليحترز فإن ذلك موضع تهمة، فقد يبيع الإنسان ملك غيره ويشهد عليه بذلك ويتسمى باسم صاحب الملك ويؤخر المشترى بالقيام بالشراء، حتى يطول الزمان قليلا، أو يموت صاحب الملك، فيدعى على ورثته، وغير ذلك من وجوه الضرر.

فينبغى إذا ادعى ضياع الكتب أن يحضر جماعة يشهدون له بالملك ولو عمل بذلك محضرا وشهد به عند الحاكم، وأثبت على الحاكم كان أجود، ولو فتح هذا الباب بيعت أملاك الناس بغير مستند.

فصل: وإذا كتب المبايعة فليحدد المكان، وليذكر الجدران المختصة به والمشتركة، وطرقه ومدخله ويذكر محله من البلد، وينبغى للكاتب إذا سافر إلى جهة لا يعرف اصطلاح أهلها أن لا يتصدى للكتابة بين أهلها إلا بعد أن يعرف سنتهم ومذهبهم ونقودهم ومكيالهم، وأسماء الأصقاع والطرق والشوارع، فبمعرفة ذلك يتم له الأمر، وينبغى له أن يقدم اسم المشترى على البائع، لقوله تعالى: ﴿**إِنَّ اللَّهَ اشْتَرَىٰ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ أَنفُسَهُمْ**﴾ [التوبة: ١١١].

فصل

فى أجرة الكاتب

وفى «التنبيه»: اختلف العلماء فى جواز أخذ الأجرة على كتب الوثائق، فأجاز ذلك قوم ومنعه آخرون، ويدل على الجواز قوله تعالى: ﴿**وَلَا يُضَارَّ كَاتِبٌ وَلَا شَهِيدٌ**﴾ [البقرة: ٢٨٢]، ولأن من استبيح عمله وكدّ خاطره، كلما احتاج إلى ذلك إنسان فإن ذلك يضر به ويستغرق مدة حياته من غير عوض عن ذلك، وهذا

غاية الضرر وإذا ثبت جواز الأخذ على الكتابة فالأولى لمن قدر واستغنى التنزه عن ذلك، واحتساب عمله عند الله تعالى، وإذا لم يكن بد من أخذ الأجرة، فنقول: وجه الإجارة أن تسمى الأجرة ويعين العمل، فإن وافق الكاتب المكتوب له على ذلك، وجاء الكتاب على ما اتفق معه عليه فهى إجارة صحيحة، وتجوز بما اتفقا عليه من قليل أو كثير، ما لم يكن المكتوب له مضطرا إلى الكاتب، إما لكون ذلك مقصورا عليه وإما لأنه لا يوجد فى ذلك الموضع غيره ممن يقوم بذلك، فالأولى حينئذ المسامحة، ولا يرفع على الناس فوق ما يستحق لما علم من ضرورتهم إليه، فإن فعل فهى جرحة فى حقه، لأنه قد تعين عليه القيام بذلك من غير إضرار، أما إن لم يوافق الكاتب المكتوب له على شىء فههنا نظر، وعلى هذا الوجه غالب كتابات الناس اليوم، لأن الموثقين يتعففون عن ذكر ذلك من باب الحياء والمروءة، ولئلا يتنزلوا منزلة أهل الحرف والصنائع فى المكايسة والمشاحة، وهذا غرض حسن ومذهب جميل، إن كان فاعل ذلك يقنع بما أعطى على عمله بعد إكماله ولم يصدر منه من المشاحة حينئذ ما هو أقبح حالا مما لو ابتدأ المشارطة، وهذا النوع لا يسمى إجارة حقيقية لأن ما يعاوض به مجهول عند الكاتب، لأن عطاء الناس مختلف بحسب أقدارهم ومبلغ مرواتهم، وليس ذلك من الكاتب على سبيل الهبة المطلقة، لأنه لم يرد إلا المعارضة على عمله وأن يثاب على ذلك فعمله محمول على طلب الثواب من المكتوب له بحسب ما أدته مروءته إليه على طريق المكارمة لا على طريق المكايسة والمشاحة، وذلك أصل هبة الثواب فإذا ثبت هذا فإن إعطاء المكتوب له أجرة المثل أو أكثر لزمه قبول ذلك.

وإن أعطاه أقل فالكاتب مخير بين القبول أو استرجاع ما عمله، كما يكون ذلك فى هبة الثواب، إلا أن يكون قد تعلق بذلك حق للمكتوب له لا يمكن معه استرجاع الكتاب لكونه تضمن شهادة الشهود أو ثبت فيه حق فيكون ذلك فوتا ويجبر كل واحد منهما على أجرة المثل كما يفعل فى هبة الثواب.

قال ابن المناصف: وعلى مثل هذا يجرى الأمر عندى فى كل من تبرع من الأجراء والصناع بعمله من غير موافقة عليه بأجرة معلومة، فيحمل محمل هبة الثواب، وإلا بطل وفسد؛ انتهى.

وما قـاله ابن المناصف من استـرجاع الكتـاب ليس على إطلاقه، فـإنه إذا كان الكاتب واحدا قـد قصرت الكتابة عليـه فالمكتوب له لا يجد من الكاتـب عوضا، فينبغى أن يجرى الأمر بينهما على ما حكاه فى فوت الكتاب بثبوت حق فيه، والله أعلم.

فصل

فى النعوت

وإذا احتـاج الكاتب إلى ذكر نعوت المشهـود عليه أو له، فينبـغى أن يذكر من صفاته أشـهرها كالصمم والعـمى والعرج، والبياض أعنى الـبرص، وآثار الجدرى والنمش، فتقـول فى وجهه آثار جدرى أو نمش، وإن كان فيـه خال ذكرته وذكرت موضعه، وتذكر قطع الأنامل أو عضوا ممـا هو مشهور ظاهر فى الوجه أو الجسد، وتذكر مع ذلك اسمه ونسبـه وصناعته وقبيلته وتحليه حلية جـيدة لا تخل بالمقصود منها، فإذا كان المنعـوت غليظ الشفتين فهو أفـوه والمرأة فوهاء، وإن كان الفم غائر فهو أفقم والمرأة فقمـاء، وإن كان الأنف طويلا مع نتوء فى وسطه فهو أقنى والمرأة قنواء، وإن كان طرفـه عريضا فـهو أفطس والمرأة فطساء، وإن كـان قائما منتصـبا معتـدلا فهو أشم والمرأة شماء، وإن كـان قصيرا بين الشمـم والفطس فهو أخنس والمرأة خنساء، ويقال فى قصيرة الأنف خلفاء، وإذا كـان الخد مستطيلا فهو أسيل والمرأة أسيلة الخد، وإذا كـان العنق طويلا فهو أغيد والمرأة غـيداء، وإذا كان العنق قصيرا فهو أوقص والمرأة وقصاء، وإذا كان فى العينين غور فهو غائر العينين والمرأة غائـرة العينين، وإذا برزتا فـهو جـاحظ العينين وهى جـاحظة العينيـن، وإذا كان موضع الكحل أسود قلت: كحلاء والرجل أكحل العينين، وإذا كانت خضرة عينيه غير مستـحكمة فهو أشهل والمرأة شهلاء، وإن كانت مسـتحكمة فهى زرقاء، وإذا كانت أشـفار العيـن كأنها منضـمة فهى دعـجاء، وإذا كانت فـى المقلة إشارة إلى الانتقال فهى حوراء، وإن دخل بعض المقلة فى الماق مما يلى الأنف فالعين حولاء، وإذا كان بياض العين أكثر من السواد فهى برحاء وتسمى حوراء أيضًا.

والنجلاء العين الواسعة والدعجاء التى سواد عـينها أكثر من بياضها، والوطفاء

المغمضة العينين، والسحراء المحمرة الحـدقتين، والدوساء الضيقة العينين، والأقلح والقلحاء من كان فى أسنانه صفرة، وتقول واسع الجهبة أو أصلب الجبهة إذا كانت منبسطة بها غـضون، وتقول فى شعر الرأس أغم إذا نبت على الجـبهة، وأنزع إذا كانت له نزعتان فى جانبى رأسه من مقدمـه، وأصلع إذا انحسر شعر مقدم رأسه، وأقرع إذا لم يكن فى رأسـه شعر والمرأة قـرعاء. وتقول فى الحـاجبين مـقرون إذا التقيا، وأبلج إذا انفصلا.

وتقول فى الأسنـان أفصم للمكسورة نـصفهـا عرضا، وأثرم إذا سـقطت السن كلها، وإن كان بين الأسنان فـرجة قلت مفلج الأسنان، وإن كان فيـها رقة وتحدد قلت أشنب الأسنان، والأنثى شنباء وإليه أشار ذو الرمة بقوله:

*** وفى أنيابها شنب ***

وإن كانت الأسنان بارزة قـلت بارز الأسنان وإن كانت أسنانه العليـا قد دخلت والسفلى قـد برزت قلت أفقم الأسنان، والأنثى فقـماء الأسنان، وإذا كان الشـعر غير متـجعد ولا متكسر فهـو سبط الشعر، والأنثى سبطة الشعـر، وإذا كانت فيه جعودة قلت أجعد الشعر والأنثى جعـدة الشعر، ولا يقال أجعد ولا جعداء، وإذا كان يشوبه شىء من حـمرة سمى الشعر أصـهب، وإذا كان فيه حمـرة إلى صفرة قلت فى الرجل أشقر والأنثـى شقراءالشعر، وإن كان فى الوجـنتين نتوء قلت فى الرجل ناتئ الوجنتين وفى المرأة وجناء، وإن كان فى الأذن صغر قيل صمعاء، وإن كانت مقطوعة قيل مصلم الأذنين والأنثى مـصلمة الأذنين، وإن كان الصدر قد نتأ وبرز فهـو أزور والمرأة زوراء، وإن كان فى الصدر غـور وفى الصلب انحناء قلت فى الذكر أحنا وفى الأنثى بها حناء أو حنو.

فصل: والبداءة بذكـر السن أولى، فإن كـان فى المنعوت شيب قـلت فى الذكر أشمط وفى الأنثى شمطاء، ويقال فيه أيضًـا: كهل ويقال: شيخ لمن غلبه البياض، وإن كان المنعـوت صغيرًا قلت فيـه رضيع أو فطيم أو صبى، والأنثى صـبية، وإذا كانت الجارية يتبعها صـغير أو صغيرة قلت متبعًا بصبى صغيـر أو بصبية صغيرة لا يأخذهما نعت لصغرهما.

وإن كان الصبى قدر أربعة أشبار قلت رباعى القدر، وإن كان قدر خمسة أشبار قلت خماسى القدر، وإن كان قدر ستة أشبار قلت سداسى القدر، وإن كان قد قارب البلوغ قلت مراهق فى سنه، وإن كان ملتحيا قلت ملتح، وإن كانت لحيته عريضة طويلة قلت مسبل، وإن لم تكن طويلة قلت كث اللحية، وإن كان فى عارضيه خفة قلت خفيف العارضين، وإن لم يكن فى عارضيه شىء قلت كوسج، وإن لم يطلع فى وجهه لحية أصلا قلت فيه أطلس.

فصل: وأما اللون: فقال فى «العالى الرتبة فى أحكام الحسبة»: أسمر أو أبيض أو أحمر أو أسود، وفى «الوثائق المجموعة»: وإن كان أبيض قلت فيه أحمر، ولا تقل أبيض لأن البياض هو البرص، واستدل على ذلك بقوله فى الحديث عن أويس القرنى أنه: **«كان به بياض؛ أى: برص فدعا الله فأذهبه عنه إلا قدر الدرهم»**، قال: والعامة تجعل الأحمر دون الأسود وفوق الأصفر وهو وهم، يدل على ذلك قوله عليه الصلاة والسلام لعائشة: **«يا حميراء»** وقوله عليه الصلاة والسلام: **«بعثت إلى الأحمر والأسود»**، وأطال فى الاستدلال على ذلك وفيما قاله فى البياض نظر، لقول العباس يمدح النبى ﷺ:

وأبيض يستسقى الغمام بوجهه ... ثمال اليتامى عصمة للأرامل

وقال زهير: *** وأبيض فياض ***

وقال بعضهم: إنه يجوز أن يقال فى الأحمر أبيض وفى الأبيض أحمر، ويقال فى بياض الأبيض من غير بنى آدم أبيض ناصع، وفى تأكيد الأحمر أحمر قانٍ، وفى تأكيد الأسود من بنى آدم ومن غير بنى آدم أسود حالك وحلنك باللام والنون، وتؤكد صفرة الأصفر بأن تقول أصفر فاقع.

تنبيه: وفى «الوثائق المجموعة»، قال بعضهم: إن الصفراء السوداء، وأنكر ذلك على قائله، وعدت منه وهلة، لأن قوله عز وجل ﴿صَفْرَاءُ فَاقِعٌ لَّوْنُهَا﴾ [البقرة: ٦٩] يدل على وهم من قال ذلك، إذ لا يجوز أن يقال أسود فاقع، وإنما يجوز ذلك فى الإبل، فيجوز أن يقال فى الأصفر إنه الأسود من جهة أن سوادها مشوب بشىء من صفرة.

وتقول امـرأة خدلاء فى المائلة الشدق، ولطعـاء فى مبيـضة الشفـتين وهو من نعوت السودان، ولعـساء حمراء الشفـتين، والرجل ألعس، واللمى رقتهـما تقول رجل ألمى وامـرأة لمياء، والمتكأ التى لا تحـبس بولها، والصـهباء التـى لا تحيض، والمفضـاة التى صار مـسلكاها شـيئا واحـدا أعنى مسلك الـبول ومسلـك الذكر، والزعراء التى لا شعر لها فى سوأتهـا، والقرناء العظيمة السرة التى تمنع بها الوطء من إصابتها؛ قاله فى «الوثائق المجموعة»، ونقله من «وثائق ابن الهندى».

والقرن عند الفقهاء أن يكون فى المحل عظم شـبيه بقرن الشاة، وعند أهل اللغة هو العقلة الصغيرة قاله الأصمعى، واخـتصم إلى شريح فى جارية بها قرن فقال: اقعدوها فـإن أصاب الأرض فهو عـيب، وإن لم يصب الأرض فليس بعيب؛ من ابن عبد السلام، والرتقاء التى لها لحمة تمنع الوطء منها، قال ابن عبد السلام: هى التى لا يستطاع جـماعها لا رتتاق ذلك الموضع منهـا وهو من الرتق الذى هو ضد الفـتق، قال الله تعـالى: ﴿أَوَلَمْ يَرَ الَّذِينَ كَفَرُوا أَنَّ السَّمَوَاتِ وَالأَرْضَ كَانَتَا رَتْقًا فَفَتَقْنَاهُمَا﴾ [الأنبياء: ٣٠] قيل: وهو فى المرأة على نوعين:

أحدهما: أن يكون محل الجماع مستدا بلحم وهذا يمكن علاجه.

والثانى: أن يكون مسـتدًا بعظم ولا يمكن عـلاجه والعـقلاء هى التى أصـابها العقل والعقلة بتحريك الفاء فيهما وهى شىء يخرج من قبل النساء ومن حيا الناقة شبيه بالأدرة التى للرجـال، ويقال امرأة عقلاء؛ ذكره أهل اللغة وتبعـهم الفقهاء، والبخر نتن الفم.

والأصك هو الضيق العرقـوبين والفجع اتساع العرقـوبين حتى يكاد أن يخرج ذلك عن القدر المعتـاد، والطويل القامة يقال فـيه شاط القامة وشـاطة القامة وإن شئت قلت عشنق، وإن كان ضد ذلك فهو قصير القامة، وإن كان بين ذلك قلت حسن القد، وإن كان دون ذلك قلت مربوع القامة وربعة القامة، وإن شئت قلت فى المرأة مربوعة القامة، وربع القامـة والأكوع من اعوجت يداه من قبل الكوعين إلى خارج اليدين، فـتقول فيـه: أكوع اليدين وللأنثى كوعاء الـيدين، والكوعان هما أصل اليدين فى أول الزندين، والزندان عظما الذراعين، وإن كان فى أصابع

يديه تقبض قلت: مقفع اليدين والأنثى مقفعة اليدين، وإن كان فى عقدتى إبهامى قدميه نتوء فى جانب القدمين من داخل القدمين مع ميل فى الإبهامين إلى الأصابع التى بينهما قلت فى الرجل أفدع وفى الأنثى فدعاء، وإذا كان إبهاما قدميه قد أقبلت كل واحدة منهما على صاحبتها قلت أحنف الرجلين والأنثى حنفاء إذا كان وسط أسفل قدميه لا يلصق بالأرض أو كان فى وسط حاشية قدميه من داخلهما تثبيب قلت أخمص القدمين والأنثى خمصاء القدمين، وإن كان أسفل القدمين معتدلا لاصقا بالأرض قلت أزج القدمين والأنثى زجاء القدمين.

***

الفصل الثامن
فيما ينبغى للقاضى أن يتنبه له فى أداء الشهادات
وفيما يحترز به من الإشهاد به على نفسه فى التسجيلات وغيرها

وأداء الشهادة على نوعين:

الأول: عبارة باللسان يصرح بها الشاهد عند الحاكم، فيتلقى الحاكم منه الشهادة بحسب لفظه.

الثانى: رفع شهادات قد ارتسمت فى كتاب والشاهد ميت أو غائب، وفى كلا النوعين أمور ينبغى التنبه لها.

أما النوع الأول: فنذكر منه مسائل متنوعة من أبواب متفرقة.

وأما النوع الثانى: فأحكامه مذكورة فى الباب الرابع والثلاثين فى القضاء بالشهادة على الخط.

فصل: وينبغى للقاضى إذا شهد الشاهد عنده ولم يكن القاضى يعرفه أن يكتب اسمه ونسبه ومسكنه، والمسجد الذى يصلى فيه، ويكتب حليته وصفته؛ قاله ابن حبيب، قال ابن المواز عن سحنون: وإن عرف بالكنية كتب كنيته، وكل ما يعرف به من صنعة وغيرها، وهل يسكن ملك نفسه أو ملك غيره، قالوا: لئلا يسم غير العدل بغير اسمه، وينسب إلى غير نسبه ليزكى عليه، قالوا: ويكتب الشهر الذى شهد فيه والسنة، ويجعل صحيفة الشهادة فى ديوانه لئلا تسقط للمشهود له شهادته فيزيد فيها الشاهد أو ينقص.

فصل
فى الشهادة فى المعاملات

وفى «معين الحكام»، قال محمد بن حارث: إذا لم يبين الشهود وجه الحق الذى شهدوا فيه ولا فسروه فليس ذلك بشىء حتى يبينوا أصل الشهادة وكيف كانت ويقولون أسلفه بمحضرنا أو أقر عندنا المطلوب أنه أسلفه، وإن كان الدين من

بيع فسروا ذلك، وقالوا: باع منه كذا وكذا بمحضرنا، أو بإقراره عندنا، لأن الشهادة مصدقة للدعوى.

مسألة: فى «أحكام ابن سهل»، قال محمد بن عبد الحكم فى كتابه: إذا شهد شاهدان أن لفلان على فلان مائة دينار ولم يقولا وأقر بذلك عندنا ولا نحو ذلك، وإنما أطلقا الشهادة هكذا، لم أر شهادتهما تحق شيئا لأنهما كحاكيين حتى يقولا أسلفه أو أقر عندنا بذلك، أو مما يبينان به ما شهدا فيه، وقد نجد من الناس من يحلل بيع النبيذ المسكر ويوجب له ثمنا وغير ذلك.

تنبيه: وفى «مفيد الحكام»، قال بعض المتأخرين: ظاهر هذا أنه إذا أقر عندهما بالدين مجملا ولم يذكر المقر وجهه وشهدا أنه يؤخذ بذلك. وظاهر ما قاله ابن الحارث فى هذه المسألة خلاف هذا، حتى يشهدوا بإقراره بالسلف أو المعاملة.

مسألة: ولو قالا نشهد أن له عنده مائة دينار من ثمن سلعة اشتراها منه، فقال ابن عبد الحكم: لا يقبل ذلك منهما ولا يلزمه الثمن حتى يقولا وقبض السلعة.

مسألة: قال ابن عبد الحكم: وإذا شهدا شاهدان أنه خاط لفلان ثوبا بدرهم لم يجب للخياط شىء حتى يقولا إنه رد الثوب مخيطا، وجميع الصناع بهذه المنزلة.

مسألة: إذا أثبت الذى له الدين أن المدعى عليه ملىء، ولم يعين الشهود ماله، فشهادتهم ليست بشىء فى قول بعضهم، وقال بعضهم: الشهادة عاملة ويسجن حتى يؤدى؛ وقاله القاضى ابن زرب، قال بعض الموثقين: وبه القضاء، وفى رواية أبى زيد: إذا شهد قوم للغريم بالعدم وشهد آخرون أن المدعى عليه ملىء ولم يعينوا شيئا، أن الشهادتين تهاترا ولا يقضى بواحدة منهما.

مسألة: إذا شهد الشهود أن هذا العبد مأذونا له فى التجارة لم تتم الشهادة بذلك ولا تتم الشهادة حتى يبينوا أن سيده أذن له فى ذلك أو يقولوا أنهم حضروا للتجارة فى موضع كذا بمحضر مالكه وعلمه ولم ينكر، فهذا وشبهه أصل فى علم الشهادة.

مسألة: ومن «مختصر الواضحة»، قال فضل بن سلمة: حكى ابن عبدوس عن

سحنون فى الرجل يشهد على الرجل بحق لرجل، وأنه حميل به، فقال: إن كان المشهود عليه مليا جازت شهادته وإن كان عديما فشهادته ساقطة، ويغرم ما أقر به من الحمالة.

مسألة: وسئل عبد الملك عن رجل اشترى عبدا ادعى أنه وجد به عيبا، وقال: بعتنى هذا وبه عيب ولم تعلمنى، وقال البائع: ما بعتك إلا صحيحا والعيب الذى ادعى به مثله يحدث، فأتى المشترى بشاهد فشهد أنه قد كان اشترى هذا العبد من هذا البائع فوجد به هذا العيب فرده عليه، هل تكون هذه شهادة ولا يتهم فيها الشاهد حين قال ابتعته منه ورددته عليه بهذا العيب؟ قال: لا أرى له شهادة وأراه ظنينا، ولا أرى أن تقبل شهادته لأنه كان يريد أن يحقق ما كان قام به عليه، ويزعم أنه قام بحق وادعى حقا وذلك لا يعلم إلا بقوله، فلا أرى له شهادة.

مسألة: إذا شهد شاهدان أن رجلا باع لرجل سلعة بمائة دينار لم يقض بذلك عليه لأنه ليس فى شهادتهما ما يوجب أنه قبض السلعة، وقال ابن القاسم فى «الدمياطية»: إذا كان البيع بالنقد فعلى البائع إقامة البينة أنه دفع السلعة، إلا أن يتطاول ذلك ويأتى من الزمان ما يعرف به كذب المشترى، فيحلف البائع ويبرأ وأما ما يتأخر القبض فيه ويشتغل الناس بحوائجهم الأيام والجمعة وما أشبه ذلك فعلى البائع البينة أنه دفعه إلا أن يتطاول ذلك حتى يأتى من الأمد ما يعرف به كذب المشترى فلا يصدق.

مسألة: قال ابن عتاب: الشهادة بالابتياع لا توجب الملك، ولكن توجب اليد؛ وقاله ابن القطان وابن مالك، ولو قال شهود الابتياع أنه قبضه وأسلفه ممن كان حين العقد بيده لكان ذلك يدا، وكذلك فى «المدونة» فى «كتاب السرقة» منها: فيمن ابتاع سلعة من رجل ففلس المبتاع، قيل لابن القاسم: أيسع الشهود أن يشهدوا أنها متاع البائع؟ قال: يشهدون أن هذه السلعة بعينها اشتراها هذا المفلس من هذا الرجل، ولا يشهدوا إلا بما عاينوا وعلموا. زاد ابن أبى زيد فيها وأنها كانت بيد بائعها.

فصل

فى الشهادة فى الاستحقاق وما شاكله

مسألة: وإذا شهد الشاهدان لرجل بسلعة أنها له فمن تمام شهادتهما أن يقولان بعد الشهادة له بها: ولا نعلم أنه باع ولا وهب ولا تصدق حتى سمعناه يذكر إباق العبد مثلا، إن كان المشهود فيه عبدا، أو سرقة إن كانت دابة أو غيرها من السلع، ويحلف المستحق أنه ما باع ولا وهب ولا خرج عن يده بوجه ويأخذه، قال ابن سهل: زاد فى «كتاب العارية» من «المدونة» وقال: فإن لم يشهدوا أنهم لا يعلمونه باع ولا وهب حلف أنه ما باع ولا وهب وقضى له به، قال: فانظر كيف أمضى هنا شهادتهم ولم يقولوا لا نعلمه باع ولا وهب، قال: يعادون فيستفسرون إن كانوا حضورا، وفى شهادات «المقرب» لابن أبى زمنين: أن هذه الشهادة إذا سقط منها ذلك لم تقبل إلا إذا لم يوجد سبيل إلى سؤالهم، وإن حضروا فسئلوا فأبوا أن يقولوا ذلك فشهادتهم باطلة.

تنبيه: وكون شهادتهم فى هذه المسألة على العلم هو مذهب «المدونة»، وقال بعض أصحاب مالك: إن شهادتهم لا تكون إلا على البت يعنى أنه شيئه لم يبعه ولم يفوته، ولا يشهدون على العلم.

مسألة: ومن ادعى على رجل دابة أو عبدا فأنكر الآخر أن يكون ذلك عنده فأتى الطالب بالبينة أن المطلوب أقر أن بيده دابة أو عبدا بصفة كذا وكذا للصفة التى ادعى الطالب، فقال سحنون: إن شهدوا أن دابة فلان أو عبد فلان عند فلان فقد تمت الشهادة، وإن قالوا إن فى يديه الصفة التى يدعى فليس هذا بشىء.

تنبيه: لم يذكر أن المدعى عليه يحلف على نفى ما ادعى به عليه، والظاهر أن اليمين تلزمه.

مسألة: ومن أقام بينة فى عبد قد مات فى يد رجل أنه عبده فليس له على الذى مات فى يده ضمان، حتى تقول البينة أنه غصبه إياه.

مسألة: وفى «المدونة»، ومن أقام شاهدا واحدا أن هذا الرجل عبده حلف مع شاهده، وكان بذلك عبده؛ قاله فى «الشهادات» وفى «منتخب الأحكام» لابن أبى زمنين، قال سحنون: إن كان معروفا بالحرية لم يجز ذلك فيه.

فصل

فى الشهادات فى الوراثة

مسألة: قال ابن العطار: لا تجوز شهادة الشهود فى الملك الذى توفى عنه مالكه حتى يقولوا إنهم لا يعلمون المشهود له به فوت شيئا منه إلى آخر إيقاعهم لشهادتهم، وإن شئت قلت فى العقد بعد التحديد، وحازوها بالوقوف عليها ولم تخرج عن ملك المتوفى، ولا فوتها بوجه من وجوه التفويت فى علمهم إلى أن توفى وأورثه وورثته، وإن لم يقل الشهود هذا لم يتم انتقال الملك للورثة، ولا تصح الشهادة لهم بوراثة الملك إلا بذلك. ولو شهدوا على البت كانت غموسا زورا لا تجوز عند مالك، وقال ابن الماجشون: الشهادة على العلم فى هذا ساقط لا تجوز حتى تقطع الشهود فى الشهادة، قال: والبت يرجع إلى العلم وبالأول القضاء.

فرع: وإن قال شهود الورثة أنهم لا يعلمون واحدا منهم فوت شيئا مما نقلته الورثة المذكورة إليه بوجه من الوجوه إلى حين شهادتهم فإنه أتم وإن سقط هذا من العقد تمت الشهادة دونه.

فرع: وإذا مات من ورثة الميت الأول واحد ولم يقل الشهود بالعلم يفوت ما نقلته الوراثة إليه من ذلك فى علم الشهود، إلى أن توفى وأورثه وورثته لم تعمل الشهادة لورثة الميت الثانى شيئا على ما تقدم من القول فى الورثة الأولين.

فرع: ومثل هذا شهادتهم فى عدة الورثة لابد أن يزيد ولا نعلم له وارثا غيرهم ولا يشهدون فى هذا إلا على البت؛ قاله بعض أصحاب مالك، وفى «المدونة»: أنهم يشهدون على العلم.

فرع: ولو مات رجل بإفريقية ووارثه بمصر فقال الشهود: لا نعلم لفلان بأرض مصر وارثا إلا فلانا فلا تجوز شهادتهم حتى يقولوا لا نعلم له وارثا غيره فى شىء من الأرض، وقال أشهب عن مالك: قول البتة ليس له وارث غيره لا يقبل حتى يقولوا لا نعلم له وارثا غيره، قال ابن حبيب: قال مطرف، وابن الماجشون: أدركنا الحكام ببلدنا وما علمنا فيه اختلافا، أن وجه الشهادة على عدة الورثة أن

يقولوا لا نعلم له وارثا إلا فـلانا ولا يقولون على البت، ثم حدثت الشـهادة على البت بعد ذلك.

مسألة: فإن قال الشـهود هذا وارث مع ورثة آخرين سموهم أعطى هذا نصـيبه وترك الباقى بيد المـدعى عليه، حتى يأتى مستـحقه، لأن الغائب قـد يقر للمدعى عليه بما فى يده، فإن قالوا لا نعرف عدد الورثة لم يقض لهذا الوارث بشىء لعدم تعيينهم، ولا ينظر إلى تسمية المدعى الورثة ويبـقى فيه بيد المدعى عليه حتى يثبت عدد الورثة ببينة.

مسألة: ولو شهدوا لرجل أن هذه الدار التى بيد فلان دار جده لم يقض له حتى يقولوا إن أباه ورثهـا من جده، ولا نعلم له وارثا غـيره وأن هذا ورث أباه لا نعلم له وارثا غيره، أو معه من الورثة كذا وكذا.

تنبيه: ولا يلزم الشهود أن يعرفـوا عين البنات بل يكفى ذكر عددهن لأن البنات محمولات على الحجاب.

تنبيه: قال ابن هشام فى «مـفيد الحكام»: وعلى هذا يجب إذا شهـد الشهود أن فلانا مات وأحاط بميراثه زوجته فـلانة وبنوه فلان وفلانة وفلانة، وقالوا إنما نعرف عين الزوجة والابن ولا نعرف أعيان البنتين، أن الشهادة جائزة، وإن قالوا: نعرف أعيان الابن والبنتين ولا نعرف عين الزوجـة لم تجز الشهادة لأن البنات محمولات على الحجاب، ولذلك يعذر الشهود فى تلك الشهادة، والزوجات لسن بمحمولات على الحجاب فلذلك لا تجوز شهادة من يجهل عين الزوجة.

قال ابن هشـام: انظر إذا مات الزوج وقـامت المرأة تطلب ميراثهـا منه وأنكرها ورثته ولم تقف البينة على تعيينها، أو أنكر الزوج النكاح ولم يعين الشهود المرأة، فظاهر قول مـالك أن ذلك سواء وأنه لا يفـتقـر فى ذلك إلى تعييـن النساء، وأن المواريث واجبة بكل حال، حكاه ابن مزيـن من زواية عيسى عن ابن القاسم، وقد نزلت بقرطبة فحكم فيها بهذا؛ انتهى.

فتلخـص من هذا أن الزوجة حكمـها حكم البنات لا يلزم الشـهود أن يعـرفوا عينها فى استحقاق الميراث.

فرع: قال ابن هشام: وفى نكاح «العتبية» من رواية ابن وزان عن ابن القاسم: وقد نزلت بقرطبة فحكم فى الرجل يزوج ابنته البكر ولا ولد له غيرها فيموت الأب فتزعم البنت أنها ليست بنته وأنها كانت يتيمة عنده ولا بينة للزوج أنها هى بعينها إلا بالسماع من الأب، أن له بنتا بكرا وقد فشا ذلك فى الناس ولا يثبتها الشهود بعينها، أن النكاح لها لازم وميراثها واجب، وخالف فى ذلك سحنون وقال القول قولها.

فرع: ومن «منتقى الأحكام»: قال أصبغ فى السامعين من المنكحة وإن لم يعرفاها هذا أمر لا يجد الناس منه بدا، ومن لا يرى وليته حتى تبلغ النكاح، فلا حرج على السامعين فى ذلك لأنه موضع ضرورة وأما فى الحقوق من البيوع والوكالات والهبات وغير ذلك والشهود لا يعرفونها فليس كذلك، ولا أرى أن يشهد عليها فى مثل هذا إلا من يعرفها بعينها واسمها، ويؤخذ من قول أصبغ أنه لا يحتاج فى ثبوت عدة الورثة إلى تعيين الورثة إذا كانوا نساء يعنى معرفتهم بالعين؛ انظر «مفيد الحكام».

مسألة: قال ابن هشام: وقع فى «كتاب الأيمان بالطلاق» فى رسم حمل صبيا قال فى رجل مات عن امرأته يريد وهى عنده فجاء شهود عدول كانوا غائبين فشهدوا أنه قد طلقها منذ سنين أنها ترثه، ولو ماتت هى لم يرثها لأنه لو كان حيا لم يرجم، لأنا لا ندرى ما كان يدرأ به عن نفسه.

مسألة: وفى «مفيد الحكام»: إذا ثبت الموت والورثة لرجل وشهد له شهود عدول أنه وارث هذا الميت لا يعلمون له وارثا غيره فإنه لا يستحق الميراث إلا بعد يمينه بالله الذى لا إله إلا هو ما أعلم له وارثا غيرى، فيحلف على العلم وإنما وجبت عليه اليمين لأن الشهود إنما شهدوا له على العلم هكذا فى سماع أشهب قال ابن رشد وليس العمل على أن يحلف.

مسألة: وسئل أبو إبراهيم إسحاق بن التجيبى عن الدين يكون للميت على رجل فيقوم للورثة بينة بثباته أن يكون على الشهود أن يقولوا فى شهادتهم وأنه مات وترك هذا الدين ميراثا لورثته مثل العقار، أو تجزيهم شهادتهم بإثبات الدين.

فقال: أما الشهـداء فى دين الميت فإن أنكره الغريم فعليـهم أن يزيدوا فى شهادتهم عليه أنهم لا يعلمون المتـوفى قبض منه شيئا إلى حين شهـادتهم،، وكذلك المشهود عليه بالدين، إذا كان هو الميت فيلزمهم مثل ذلك؛ من «مجموع الفتاوى».

فصل

فى مسائل فى الأقضية والشهادات

مسألة: وإذا رفع إلى القاضى عـقد كتب على رجل غائب وشـهد فيه الشـهود الذين أشهدهم الغـائب فلا يسمع الحاكم شـهادة الشهود حتى ينصـوا على معانى الشهـادة من حفظهم، ولا يكتفى فى إثبـات العقد بقـول الشاهد هذا خطى وهذه شهادتى أشهد بها عندك، لأن الموثقين جرت لهم عوائد فى كتابة العقود فربما كان فى ألفاظهم ما لو سمعه الغائب لم يوافق على ذكره فى العقد، وقد تقدم ذلك فى التنبيهات المتعلقة بالتسجيل.

مسألة: وإذا شهد عند القاضى شهـود عدول بما يعلم هو خلافه فلا يحل له أن يسمع منهم، ولا يقـضى بشهادتهم، ويدفع الخـصمين عن نفسـه، ويكون شاهدا عند من يتحاكمـان إليه؛ ذكره ابن العطار، قال ابن الفخار: وهذا لا يـستقيم على مذهب أصـحاب مالك إلا ابن كنانة وحـده وقال ابن المواز فى «كتابه»: إذا شـهد العدول عند القـاضى بشىء يعلم القاضى أن الذى شهدوا به باطل، فـلا يجوز له رد شهادتهم وينفذ شهادتهم بعد الانتظار اليسـير، واستحسن لو خلا بهم فأعلمهم بعلمه وشهـادتهم، فلعله ينكشف لهم بقوله ما وراء ذلك، فـإن لم يكن فليحكم بشهادتهم وأرى أن يعلم الذى حكم عليه أن له عنده شهادة.

ولا ينبغى له أن يبطل الشـهادة ولا يردها ولا أن يمضى منها مـا ليس بباطل، ويرد ما هو باطل، وقال ابن الماجشون: ولا ينبغى للقاضى أن يمضى باطلا يعلمه ولا يبطل الشهادة ولكن يرفعها إلى غيره ويشهد القاضى بما يعلمه فى ذلك.

فرع: وكذلك لو شهـد عنده من ليس بعدل والقاضى يعلم أنه شـهد بحق فلا يحل له أن يجيز الشهادة ولا يحكم بها.

مسألة: ومما ينبغى تنبيه الشاهد فيه إذا شهد بما لا يعـتقد جوازه، ففى «مختصر

الواضحة» فيمن عنده شهادة على شيء لا يعتقد جوازه، قال ابن عبدوس سألت سحنونا عن الرجل تكون عنده الشهادة وهي مما لا تجوز عنده والقاضى مما يرى إجازتها، أترى على الشاهد أن يؤديها إلى القاضى؟ فقال: كيف هذه الشهادة؟ قلت: مثل أن يشهد على صداق معجل فى نكاح ومعه مؤجل لم يضرب له أجل، فقال: ما أرى أن يشهد فإن جهل الشاهد وشهد فينبغى أن ينبهه على أنه لا ينبغى له أن يشهد فى ذلك.

مسألة: إذا شهد عند القاضى عدلان ثم أشهدهما على حكمه بشهادتهما، فروى يحيى عن ابن القاسم أن لغيره إمضاء شهادتهما فى ذلك الحكم، وقيل: لا يمضيه لأنهما شهدا على تنفيذ شهادتهما والأول أصح لضعف التهمة.

مسألة: وسئل مالك عن فريقين اختصموا فقضى على أحد الفريقين فخرج المقضى عليهم يحثون الناس علانية أنه قضى عليهم ثم احتيج إلى قضاء ذلك القاضى فلم يوجد عنه أحد علم بذلك إلا الذين سمعوا من المقضى عليهم أنهم كانوا يقولون عندهم قد قضى علينا، فسئلوا للشهادة بذلك على وجه يقولون سمعناهم يذكرون ذلك ولا ندرى أكان ذلك أم لا؟

قال مالك: ولربما قال المرء قد قضى على وما قضى عليه، وإنى لأرى هذه الشهادة ضعيفة.

مسألة: قال ابن حبيب: قال لى مطرف فى الرجلين يشهدان عند القاضى أنهما كانا شهدا عند قاضٍ قبله على رجل بحق، وأشهدهما أنه قد قضى بشهادتهما فإن كانا من أهل العدل فشهادتهما جائزة، ويبتدئ هذا القاضى الحكم بهما كأنهما ابتدءا وضعها عنده وليس على وجه أنه قد حكم بها فيكون حكما قد فرغ منه، ولا أرى ما ذكرا فى شهادتهما من قضية القاضى الأول تفسد شهادتهما، وقاله ابن القاسم، وقال ابن الماجشون: لا تجوز شهادتهما فى ذلك على كل حال لا على أصل الشهادة ولا على الحكم بها لأنها إذا سقطت فى الحكم بها أنهما فيها كلها، وقاله ابن نافع وأصبغ؛ وبه نقول. قال عبد الملك: ولو كانا لم يجمعا الأمرين وشهدا على حكم الحاكم فقط أو على أصل الشهادة وسكتا عن حكم الحاكم جازت.

مسألة: وكذلك الشهداء يشهدون عند قاض على حق من الحقوق ثم يكتب بذلك إلى قاض غيره فلم يجد شهودا يشهدون على كتابه إليه إلا أولئك الشهود الذين شهدوا على أصل الحكم، فذلك الكتاب لا يثبت بشهادتهم ولا تجوز فيه شهادتهم بعد لا على أصل الشهادة ولا على ثبوت الكتاب إلا أن يعيدوا الشهادة عند هذا الحاكم على أحد الأمرين، إما على أصل الحق فقط وإما على ثبوت الكتاب، وهكذا سمعت أصبغ يقول فى هذا بعينه.

مسألة: قال سحنون: أجمع أصحابنا على أن من شهد بشهادة عند القاضى فردها لتهمة أو لجرحة ثم شهد بها بعد ذلك عند القاضى بعد أن زالت التهمة وزالت الجرحة، مثل أن يكون شهد لزوجته ثم طلقها أو زكى وحسنت حاله فإن تلك الشهادة لا تقبل منه لأن حاكما ردها، وكذلك كل شهادة ردها حاكم لا تقبل بعد ذلك.

مسألة: وفى «الواضحة» أيضا قال ابن حبيب، قال ابن الماجشون وأصبغ: والمرأة يقع لها مورث فى بلد فتريد أن توكل على ذلك وكيلا غائبا عن البلد يقوم لها فى ذلك المورث، فيشهد لها شهود عند القاضى الذى معها فى البلد أنها وكلت ذلك الغائب، ولم تحضر المرأة ولا وكيلها على القيام بتوكيل الغائب، فلا نرى للقاضى أن يكتب لها بذلك إلى قاضى البلد الذى فيه المورث، لأن شهادتهم لا تجوز هكذا لأنهم صاروا شهودا وموكلين فيما شهدوا فيه وبالقيام به، كأنهم شهدوا لأنفسهم فى بعض شهادتهم، فلا يجوز ذلك حتى تقوم المرأة بذلك عند القاضى، ويشهد الشهود على توكيلها الغائب وتقيم أحدا يقوم لها بذلك عند القاضى، ولا بأس أن يشهد لها أولئك الشهود أنها وكلت هذا بالقيام لها بتوكيل الغائب، فإن كان الشهود إنما يؤدن شهادتهم عند القاضى فقط ولا يتقاضونه بتنفيذ ذلك ولا يسألونه الكتاب لها به، ثم يكون القاضى يصنع فى ذلك ما رأى ويرسل إليها أن توكل من يقوم لك عندى بما شهد لك به الشهود وما أشبه هذا فيجوز ذلك، وقاله ابن القاسم وبه نقول، وقد سمعت مطرفا يستخف جواز شهادتهم فى ذلك على كل حال.

مسألة: إذا اشتملت الشهادة على ما فيه تهمة وما لا تهمة فيه ردت كلها على

المشهور، قال أصبغ فيمن أعتق عبدين ثم شهد العبدان أن المعتق غصبهما من فلان وغصب معهما مائة دينار فإن شهادتهما جائزة فى المائة خاصة، لأنهما يتهمان على إرقاق أنفسهما ومثل ذلك شهادة المسلوبين على المحاربين، قال ابن القاسم تقبل فى قطع الطريق دون ما ادعوه لأنفسهم من المال إلا أن يقل جدا فيما لا تهمة فيه، وفى «مفيد الحكام»: تجوز شهادة المسلوب لغيره، وقيل: تجوز له ولغيره فيما قل، وقيل: تجوز فى القليل والكثير؛ قاله مطرف وابن حبيب.

مسألة: وفى «مفيد الحكام»، قال ابن حبيب: من أنكر شهادته ثم شهد فلا يضره مثل أن يلقاه المشهود عليه، فيسأله فيقول له الشاهد ما أشهد عليك بشىء ولا عندى عليك شهادة فإنه يشهد ولا يضره قوله وإن كانت عليه بينة.

مسألة: وكذلك لو شهد عليه فلقيه فقال له ما شهدت به عليك فأنا فيه مبطل فلا يضره هذا القول وإن كانت عليه بينة إلا أن يرجع عن شهادته رجوعًا بينا يقف عليه ولا ينكره ولو قال مثل هذا عند الحاكم أو عند ما طلب منه أن ينقل شهادته وهو مريض فذلك إبطال لها، وقال أشهب ومطرف مثل ذلك، وبه قال ابن الماجشون وأصبغ، وأما إن قال عند الحاكم ما أذكر أمر كذا أو ما عندى شهادة ثم رجع بعد ذلك وتذكر، فإن كان مبرزا قبل منه الحكم، وأما بعده فلا إلا ما زعم أنه نسبه كمن شهد بثلاثين دينارا ثم ذكر بعد ذلك أنها أربعون فيقبل ذلك منه.

مسألة: وفى «منفيد الحكام من منتقى الأحكام»، قال ابن حبيب عن ابن القاسم: ومن سمعته يقول أشهد لفلان على فلان مائة دينار ولم يشهدك فاشهد بما سمعت إن كنت سمعته يؤديها عند الحاكم ليحكم بها وإلا فلا حتى يشهدك إذ لعله لو علم أنك تنقلها عنه لزاد أو نقص ما ينقصها، وإنما تشهد بما سمعت من قذف وعتق وطلاق بخلاف الحقوق لأنه كلام مستقصى، أعنى الطلاق والعتق والقذف.

مسألة: قال مطرف: لا تشهد بقول القاضى ثبت عندى لفلان كذا حتى يشهدك وإلا فليست بشهادة، قال أصبغ: ولا بما سمعت الشاهد يؤدى عنده حتى يشهدك على ذلك نصا، أو يشهدك القاضى على قبول شهادته ووافق مطرف ابن القاسم فى هذا.

مسألة: لا يلزم القاضى إذا شهد عنده عدول ببيع أو شراء أن يسألهم عن صفة البيع حتى يعرف هل هو صحيح أو فاسد؟ بل يكتفى من شهادتهما أن هذا باع من هذا داره بيعا صحيحا، وإن كان البيع يتنوع إلى صحة وفساد.

مسألة: إذا شهد الشاهد فكذبه المشهود له فى بعض ما شهد له به، فقال ابن كنانة فى ذلك: الذى نعرف من فتيا من أدركنا من الشيوخ أن المشهود له يلزمه ما شهد به شاهده له، وعليه إذا كان لا يصل إلى حقه إلا بشهادته، ويقال للمشهود له: إن قلت صدق الشاهد فيلزمك ما شهد به، وإن قلت كذب فى البعض فقد جرحته بالكذب فلا تعطى بشهادته شيئا.

تنبيه: وفى «الوثائق المجموعة» فى رسم تقييد عداوة ليكون عدة. قال: وروى فى الرجل يكون عدوا للرجل فيشهد له وعليه بشهادة، فإن كانت شهادته له وعليه فى مجلس واحد سقطتا لأنه يتهم أن يكون أراد تجويز شهادته عليه بشهادته له، وإن كانتا فى وقتين مفترقتين جازت له ولم تجز عليه،

مسألة: وإذا شهد شهود على شهادة قوم لا يعرفونهم فشهادتهم مردودة، وإن كان المشهود على شهادتهم عدولا.

مسألة: إذا اشتملت الشهادة على ما تجيزه السنة وعلى ما لا تجيزه فالمشهور إجازة ما أجازته ورد ما لم تجزه، وقيل: ترد كلها كشهادة النساء فى الوصية إذا كان عتق وأبضاع النساء، وكذلك الشاهد الواحد فى وصية فيها عتق ووصية لمعين فيحلف مع شاهده ويستحق ويرد العتق على المشهور، وقيل: ترد كلها.

فصل

فى الشهادة فى الغيبة

وفى «أحكام ابن سهل»: إذا شهد الشهود فى الغيبة أنه غاب منذ حين ففى «أحكام ابن زياد»، من كلام المفتين نظرنا -وفقك الله تعالى- فى شهادة من شهد فى غيبة فلان أنه غاب منذ حين لا يدرون أين هو؟ فهذا يكون كالمفقود؛ قاله ابن لبابة وعبد الله بن يحيى وأيوب بن سليمان وابن وليد وغيرهم. قال ابن سهل: هذا كلام غير مستبين لأن الحين قد يكون ساعة أو شهرا أو سنين، فحصره بأمد

أبين وأقوم للشهادة ووقع فى مسائل الأيمان أن الحين سنة، ووقع فى مسائل الطلاق السنتين والثلاث، وقال بعضهم: هو ستة أشهر واستدل على وجوه بعض الأقوال بأدلة من القرآن الكريم فانظره ثم قال: كيف تصح الشهادة دون بيان الأمد وذكر العدد لما فى هذا من النزاع، فهذا مما لا تسمع فيه شهادة.

فصل

فى الشهادة فى الحرية

مسألة: وفى «الطرر» لابن عات: لو شهد الشهود فى الحرية على العلم لم تجز الشهادة ولم توجب حكمًا، ولا تكون الشهادة فى ذلك إلا على البت، قال ابن عات فى آخر مسائل العتق: وانظر لو شهد أنها تتصرف تصرف الحرائر ولم يشهد أنها حرة، ففى الأول من «أحكام ابن سهل»: أن بين الشيوخ فيها اختلافًا فقال ابن عتاب: الشهادة بذلك عاملة والحرية ماضية، وقال ابن القطان: الشهادة ناقصة غير تامة. وقال مالك مثل قول ابن القطان، قال: والآبق يتصرف تصرف الأحرار.

فصل

فى الشهادة فى الولاء

وفى «المقنع» لابن بطال: وإذا شهدت البينة أن هذا مولى جد هذا ولم يحددوا المواريث فلا يحتاج ههنا إلى أن الجد مات وأورثه ابنه، وأن الأب مات وأورثه ابنه، وأن الأب مات وورثه هذا، ولكن لابد أن يشهدوا أنهم لا يعلمون للجد ولدًا ذكرًا غير أبيه، وإن قام بينة أنه أقعد الناس بجده اليوم وقد مات له مولى وترك مالا فلا تنفعه الشهادة حتى يقولوا إنه أقعد الناس من يوم مات المولى وكثير من هذا المعنى فى «المقنع».

فصل

فى الشهادة فى الغضب

وإذا شهدت بينة على الغضب لم تعمل شهادتهم شيئًا إلا أن يعينوا الملك المغضوب أو ناحية من الأرض يكون ذلك فيها، ومن «وثائق ابن القاسم الجزيرى فى عقود الاستحقاق».

فصل

فى الشهادات فى القذف والزنا واللواط

مسألة: وإذا شهدت البينة أن فلانًا افترى على فلان أو شتمه أو آذاه أو سفهه، فلا يجوز ذلك حتى يكشفوا عن حقيقة ذلك إذ قد يظنون صحة ما قالوه وهو على خلاف ما ظنوا؛ وقاله أصبغ. قال أصبغ: إلا أن تفوت البينة ولا يقدر على إعادتهم فليعاقب المشهود عليه على أحق ما يلزم فى ذلك.

مسألة: وكذلك الشهادة على الزنا واللواط فيسألهم الحاكم ويستفسرهم كما يسألهم فى السرقة إلا أن يكون الشاهد مبرزًا عالمًا بوجوه الشهادة، ولا يسألهم عما أكلوا فى ذلك المجلس ولا عن لباسهم ونحو ذلك لأن ذلك من التعنت.

مسألة: ومن «المجموعة»، قال ابن القاسم وأشهب وعبد الملك: وإذا سأل الحاكم الشهود عن صفة الزنا فأبوا ولم يزيدوا على أن يشهدوا عليه بالزنا فلترد شهادتهم وليحدوا، قال ابن القاسم: لا يحدّ المشهود عليه إلا بعد كشف الشهادة حتى يدل تفسيرهم أنه الزنا ويقولوا مثل المرود فى المكحلة، فإن استراب القاضى من غير عدل سأله عن غير هذا مما يرجو فيه بيانًا من اختلاف شهادته.

فصل

فى الشهادة فى السرقة

وإذا شهد الشهود فى السرقة فلا تقبل شهادتهم مجملة، ولا بد أن يسأل الحاكم الشاهدين عن السرقة ما هى؟ وكيف أخذها؟ ومن أين أخرجها؟ وإلى أين أخرجها؟ فإن غابا قبل أن يسألهما الحاكم لم يقطع السارق لاحتمال أن يكون ذلك دون النصاب أو من غير حرز، فإن قالا إنها مما يجب فيه القطع وغابا قبل أن يسألهما لم يقطع إلا أن يكونا من أهل العلم، ومذهبهما مذهب الحاكم.

فصل

من نوع ما تقدم

وفى **«وثائق الغرناطى»**: لا تقبل الشهادة مجملة فى ترشيد أو تسفيه أو ملكٍ أو

غبن أو تجريح أو تعـديل أو توليج إلا من أهل العلم، وأما من غـيرهم فـلا تقبل الشهادة إلا مفسرة، وكذا فى الكفر لاختلاف الناس فى الألفاظ التى يكفر بها.

نوع منه: وإذا قال الشهـود نشهد على فلانة بنت فـلان البكر المعنس بكذا، فإنه يحتاج أن تكون الشهود بذلك من أهل العلـم بحد التعنيس لأنه ليس كل الشهداء يعرفون ذلك.

فصل
فى الشهادة على الترشيد

وفى «أحكام ابن سهل»، قـال: وفى «كتاب ابن المواز»: لا تجوز شـهادة رجلين فقط فى ترشـيد السفيـه حتى يكون ذلك فاشيًـا؛ قاله أصبغ، وتجوز فى فـشو ذلك شهادة النسـاء وقد اختلف فى شهـادتهن فيه، وفى «الأحكام لابن حبـيب» سمعت أصبغ يقول: لا أرى أن يخرج المولى عليه من ولايته ولا أن يجوز للبكر تصرف فى مالها، وإن عنست إلا بشـهادة عدلين أن نظرهما فى أموالهـما حسن، ويكون ذلك مع شهادتهـما فاشيًـا غالبًا، فإن لم يكن كذلك فـلا أرى أن تدفع إليهما أمـوالهما بشهادتهما، وفى «تفسير ابن مزين» قال عيسى فى قول مالك: ليس للبكر جواز فى مالهـا حتى تدخل بيتـها ويعرف الرشد من حـالها وهو أن يشهـد العدول من أهل الاختبار أنها صحـيحة العقل حسنة النظر فى مالها مصلحة له حـابسته على نفسها، ولا يكون هذا بشهيدين حـتى يشهد لها ملأ من الناس ويعرف ذلك منهـا ويشتهر، فإذا كان ذلك جـاز أمرها، وإن كانت حديثة السن، ولا ينتظر بـها سنة بعد البناء، ولا أحب للقاضى أن يدفـع إليها ولا إلى المولى عليـه مالهمـا، ولا يخرجهـما من ولاية من ينظر لهما حتى يشهد عنده على ما وصفناه من أمرهما جماعة من الرجال والنساء، أو الرجال دون الـنساء، ويكون أمرها فاشيًـا، ولا تقبل فيه شـهادة النساء دون الرجال ولا يكتفى فيـه برجلين حتى يكون معهما سمـاع فاشٍ يعرف به حسن حالهمـا ورأيهما فى أنفسهمـا وإصلاحهما بمالهمـا. وروى يحيى بن يحيى عن ابن نافع مثله، قال مطرف: ولا يجوز فى هذه إلا شهادة الأقارب والجيران، ومن يرى أنهم يعـملون ذلك، وبه كانت تعـمل قضاتنـا بالمدينة، وقال ابن مـزين، وقال لى أصبغ: تجوز فيه شهادة الأباعد، إذا لم يقم الأقارب وينكروا شهادة الأباعد.

فرع: قال أصبغ: وإن عجز السفيه عن أكثر من شهيدين، لم أر أن يمنع من أخذ ماله وفى «وثائق الجزيرى»: أن شهود الترشيد تجب فيهم الكثرة، وأقلهم على قول ابن الماجشون أربعة، وكذلك فى التسفيه وفى الاسترعاءات، وقد تقدم أن الشهادة فى الترشيد والسفه لا تقبل مجملة ولابد أن تكون مفسرة.

فصل

فى الشهادة فى التعديل والتجريح

وفى «تنبيه الحكام عن مـآخذ الأحكام»، قال: ولقبول الـشهادة فى النقل ثلاثة شروط:

أحدهما: فى شهادة التعديل.

الثانى: فى المخالطة المبيحة للتعديل.

الثالث: فى الوصف الكافى فى التعديل:

فأما شـاهد التعديل، فالمـبرز الناقد الفطن الذى لا يخدع فى عـقله ولا يخفى عليه شروط التعديل، ولا تقبل التزكـية من الأبله والجاهل بوجه العدالة، وإن كان فى نفسه عـدلاًمقبولاً فى غـير ذلك، ولا يقبل تعديل من يرى تعـديل كل مسلم بمجرد الإسلام، وأما المخالطة المبيحة للتعديل فأن يتكرر اختباره له وتطول مخالطته إياه، ولا يقنع فى ذلك باليسـير، لأنه يحتاج إلى معـرفة ظاهرة وباطنة، وذلك لا يدرك إلا مع المطاولة، فإن من شـأن الناس تزيين الظواهر وكتم العيـوب، ومعنى معرفـة باطنه أن يعلم الغائب من باطنه الذى يصح له به الحكم عليـه، وأما القطع على ذلك فمن الغيب.

مسألة: وفى «المتيطية»: شهـود التزكية بخلاف شهود الحقـوق، قال مالك: قد تجـوز شهـادة الرجل، ولا يجـوز تعديله، ولا يجـوز إلا تعـديل العارف، وقـال سحنون: لا يقبل فى التـزكية إلا العدل المبرز الفـطن الذى لا يخدع فى عقله ولا يستـنزل فى رأيه، وعلى هذا أكثـر أصحاب مـالك وبه جرى العـمل. وروى عنه أيضًا: أن شهود التزكية كشهود سائر الحقوق.

مسألة: وفى «المقدمات»: الشاهد الذى ثبت عليه جرحة قديمة أو يعلمها الحاكم فيه، لا تجوز الشهادة بتزكيته مطلقًا، وإنما تقبل ممن علم بجرحته ثم شهد على توبته منها ونزعه عنها وحينئذ يزكيه.

فرع: وكذلك المحدود والمقذوف بمنزلته لا تجوز تزكيته على الإطلاق وإنما تجوز بمعرفة تزيده فى الخير.

تنبيه: تعديل الأب ابنه أو الابن أباه لا يجوز عند واحد من أصحاب مالك، وإن كان المعدل مبرزًا؛ لابن الماجشون، فإنه قال: إذا كان قيامه لغير التعديل ولم يقصد إلا إحياء الشهادة، فلا بأس أن يصفه بالذى تتم به شهادته من عدالته؛ من «البيان».

مسألة: قال المازرى فى الشاهد الذى لم تثبت عدالته ولا جرحته يشهد فيما سوى الحدود مذهب مالك أنه يجب على القاضى البحث عن حاله ولا يحمله على فسق ولا على عدالة حتى تنكشف له إحدى الحالتين.

مسألة: لا يزكى الشاهد إذا لم يعرفه القاضى إلا على عينه، وليس على القاضى أن يسأل المزكى عن تفسير العدالة إذا كان عالمًا بوجوهها، ولا عن الجرحة إذا كان عالمًا بها.

فصل: وأما عدد من يقبل فى تزكية العلانية، فقيل: يجزئ فى ذلك عدلان وهو المشهور، وقيل: لابد من ثلاثة وهو مروى عن ابن كنانة، وعن ابن الماجشون: أن أقل ما يزكى الرجل أربعة شهود. وقال ابن حبيب: فى «الواضحة»: والتزكية تختلف، فتكون بالواحد والاثنين والجماعة بقدر ما يظهر للحاكم ويتأكد عنده، قال المتيطى: وما كثر من الشهود فهو أحسن، إلا أن تكون التزكية فى شاهد شهد بزنا، فإن مطرفًا روى عن مالك أنه لا يزكيه إلا أربعة، وقال سحنون: اختلف فى ذلك قول مالك، فمرة استحب أن لا يجتزئ بقول واحد، وروى عنه: أنه أجازه، والذى جرى به القضاء أنه لا يجتزئ بقول واحد، مخافة أن يكون بينه وبين الشاهد عداوة؛ قاله المتيطى، وقال أيضًا: واستحسن إذا ثبتت العدالة باثنين أن يزيد فى البحث والكشف فلا يزيده ذلك إلا خيرًا.

فرع: ولا يكتفى القاضى بتعديل العلانية دون تعديل السر، وله أن يكتفى بتعديل السر دون تعديل العلانية. قال بعض الشيوخ: ومعناه فى الاختيار دون اللزوم على ما فى «المدونة» وغيرها.

فرع: ولا تقبل تزكية النساء لا فى حق الرجال ولا فى حق النساء. قال ابن رشد: إن التزكية يشترط فيها التبريز فى العدالة، وهى صفة تختص بالرجال، قال: وقد قيل انهن يزكين الرجال إذا شهدوا فيما تجوز شهادتهن فيه، وهو قول ابن نافع وابن الماجشون فى «المبسوطة»، والقياس جواز تزكيتهن للنساء؛ انظر «البيان».

تنبيه: تعديل السر يفارق تعديل العلانية من وجهين.

أحدهما: أنه لا يجوز إعذار فى تعديل السر إلى المشهود عليه، ويعذر إليه فى تعديل العلانية.

الثانى: أنه يجتزئ فى تعديل السر بالشاهد الواحد، وإن كان الاختيار اثنين بخلاف تعديل العلانية فى الوجهين، يعنى الإعذار وعدم الاكتفاء بالواحد.

فصل: فإذا كتب الشهود شهادتهم فى عقد التزكية، وشهدوا بها عند القاضى على عين المزكى فيه، كتب على شهادة كل واحد منهم شهد عندى على عينه، لأن التعديل لا يكون إلا على العين فى مجلس القاضى، إلا أن يكون العدل مشهور العين فى البلد لا يشتبه بغيره فلا بأس بتعديله غائبًا.

تنبيه: قال المازرى: وأما البعيد الغيبة فيسمع التزكية فيه، ويقبل كما يحكم عليه إذا كان غائبًا.

فصل
فى صفة شهادة التعديل

والتعديل التام عند مالك وأصحابه، وهو الذى جرى به العمل أن يقول: هو عدل رضا، قال مالك: ليس عليه أن يقول لا أعلم إلا خيرًا، ولو قال: نعم العبد، أو قال: هو ممن يجب أن تقبل شهادته، ولم يزد على ذلك كان تعديلاً إذا

كان المعدل من أهل العلم، فإن كان من غير أهل العلم لم ينفذ تعديله، وليس له أن يقول هو عدل رضا فى علم الله تعالى، ولا أن يقول أرضاه لى، وعلى؛ ورواه أشهب وابن لبابة، عن مالك، وبه قال ابن القاسم وسحنون، ولا له أن يقول لا أعلمه إلا عدلا رضا، قال سحنون: ولا أن يقول هو صالح؛ وقاله ابن المواز، وقال أحمد بن نصر الداودى هو تعديل.

فرع: قال أصبغ: ولا أحب أن يقول هو عدل، ولكن يقول أراه عدلاً، قال القاضى أبو بكر: كل لفظ عبر به عن عدل رضا فإنه يجزئه.

فرع: فإن اقتصر على أحد الكلمتين ففى الجلاب رواية أنه لا تجوز إلا باجتماعهما، وقال سحنون: إن اقتصر على عدل أجزأه، وقاله غيره، واحتج بقول الله تعالى: ﴿**وأشهدوا ذوى عدل منكم**﴾، وأجاز بعض المتأخرين من العلماء الاقتصار على رضا لقوله عز وجل: ﴿**مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ**﴾ [البقرة: ٢٨٢] وقال أبو عمر بن عبد البر فى «الكافى»: تحصيل مذهب مالك، أنه لا يجتزئ بأحد الوصفين عن الآخر، وقد تقدم أنه رواية ابن الجلاب عن مالك أيضًا: أن حد الوصفين تعديل، قال: وهو الصواب، والذى جرى به العمل والقضاء ما قدمناه.

تنبيه: ومعنى رضا هو الذى لا يخدع ولا يلبس عليه ولا يطمع فى غفلته ولا خدعته.

فرع: واستحسن بعضهم أن يضيف إلى عدل رضا ممن تجوز شهادته ويقضى بها، قال المتيطى: وهو زيادة حسنة، فلو اقتصر عليها دون عدل رضا، فإنها لا تقبل إلا من العالم كما تقدم.

فصل: منع مطرف وابن الماجشون من التزكية قبل الشهادة، ومن الشهادة على الشهادة بالتعديل، إلا أن يشهد رجل على شهادة رجل غائب وميت، ويزكيه مع ذلك، وقال: هو الذى لا نعلم خلافه من قول مالك وعليه أهل المدينة، وأجاز سحنون أن يشهد رجلاً عند القاضى أن فلانًا وفلانًا الغائبين أو الميتين، أشهدهما على تعديل فلان الذى يشهد الآن فى حق وهو عنده تعديل كامل.

فرع: قال المتيطى: زاد فى «العتبية»، قيل له فى التجريح أتجوز فيه الشهادة على الشهادة على ما وصفت لك فى العدالة فى غيبة الشهود أو مرضهم؟ قال: نعم ذلك جائز، وقد ذكر ابن سحنون أن أباه رجع عن الشهادة على الشهود فى العدالة والتجريح إلا فى تعديل البدوى فذلك جائز، قال بعض الشيوخ: وما رجع إليه سحنون هو قول ابن الماجشون فى «الواضحة» وهو الصواب، لأن التعديل لا يكون إلا بعد الشهادة ولو جاز قبل الشهادة لجازت شهادة غير العدل، لأن الناس قد تتغير أحوالهم، وإنما يعدلون بعد الشهادة.

فرع: ولا يزكى الشاهد من شهد معه ولا من نقل معه شهادته فى ذلك الحق، وأجاز سحنون إذا شهدت طائفة بعد ذلك، أن تزكى كل طائفة صاحبتها وهو عنده بمنزلة ما لو شهدتا فى حقين مختلفين، وروى عنه: أن ذلك لا يجَوز ولو شهدتا فى حقين مختلفين.

فرع: وإذا زكى الشاهد رجلاً فى حق ثم شهد ذلك المزكى على الشاهد مضت شهادته دون افتقار التزكية، لأنه قد زكاه أولا؛ حكاه صاحب «الطرر» عن ابن كنانة.

فصل

فى صفة تعديل السر

وفى «مختصر الواضحة»: وتعديل السر، أن يتخذ الحاكم رجلاً من أهل العدل والرضا مجمعًا عليه بذلك، فيوليه المسألة عن الشهود سرًا فيما بينه وبينه، ولا يشهره لئلا يصير حكمًا مثله، فيسأل ذلك الرجل عند الشاهد من يثق به من أهل مسجده وأهل محلته، ولا ينبغى لذلك الرجل أن يقتصر على سؤال واحد، خيفة أن يكون بينه وبين الشاهد ضغن، ولكن يسأل الاثنين والثلاثة، ويستتر بذلك ولا ينقل للحاكم ما اتفق عليه عدلان فأكثر، فينبغى للحاكم إذا وثق بعدالة الرجل وصلاحه ومعرفته بأهل مكانه، وبوجوه العدالة أن يسأله عن الناس فيعرفه من تجهل عدالته أو جرحته، فهذا كله من تعديل السر.

فصل: وأما صفة الشهادة على التجريح، فيكفى أن يقول هو عندنا مجروح، ومثله لا تجوز شهادته، وليس على المجرحَين أن يكشفوا التجريح إذا كانوا ممن يعرف وجه التجريح، وقد تقدم فى الفصل الأول من فصول الإعذار ذكر ما يسمع من التجريح وممن لا يسمع.

فرع: والواحد يجرح وذلك إذا كان ذلك بمسألة القاضى وكان عدلاً؛ قاله ابن القاسم، وكذلك يجوز التجريح إذا كان بمجلس القاضى.

فرع: قال ابن عتاب الذى أحاط به العالم وجرى به الحكم فى التجريح بالعداوة أنها تكون بشهادة من يزكى من الشهداء، ولا يشترط فى ذلك أهل التبريز فى العدالة، وإنما يطلب التبريز فى غير العداوة من وجود التجريح، ولا أعلم فى هذا خلافًا؛ من «أحكام ابن سهل» فى الجزء الثانى فى رسم تداعى بين سهل بن الدباغ ويعمر فى سانية.

مسألة: وفى «الوثائق المجموعة» ولا ينبغى لأحد أن يجرح شاهدًا أنه شهد بالحق، ذكرها فى رسم تقييد عداوة لتكون عدة.

فصل

فى تعارض شهود التزكية والجرح

وفى «تنبيه الحكام»: لو عدل شاهدان رجلاً وجرحه آخران، ففى ذلك قولان، قيل: يقضى بأعدلهما لاستحالة الجمع بينهما، وقيل: يقضى بشهود الجرح لأنهم زادوا على شهود التعديل، إذ الجرح مما يبطل فلا يطلع عليه كل الناس، بخلاف العدالة، وللخمى تفصيل قال: إن كان اختلاف البينتين فى فعل شىء فى مجلس واحد، كدعوى إحدى البينتين أنه فعل كذا فى وقت كذا، وقالت البينة الأخرى لم يكن ذلك فإنه يقضى بأعدلهما، وإن كان ذلك فى مجلسين متقاربين قضى بشهادة الجرح لأنها زادت علمًا فى الباطن، وإن تباعد ما بين المجلسين قضى بآخرهما تاريخًا، ويحمل على أنه كان عدلاً ففسق، أو فاسقًا فتزكى، إلا أن يكون فى وقت تقييد الجرح ظاهر العدالة، فبينة الجرح مقدمة لأنها زادت.

فصل

فى شهادة الاسترعاء

وشهادات الاسترعاء: لابد أن تكون الشهود يستحضرونها من غير أن يروا الوثيقة. إذا كانت الوثيقة مبنية على معرفة الشهود، وذلك فى عقود الاسترعاء التى يكتب فيها، يشهد المسمون فى هذا الكتاب من الشهود أنهم يعرفون كذا وكذا، فإن رأى الحاكم ريبة توجب التثبيت، فينبغى أن يقول لهم ما تشهدون به فإن ذكروا شهادتهم بألسنتهم على ما فى الوثيقة، جازت وإلا ردها، وليس فى كل موضع ينبغى أن يفعل هذا ولا بكل الشهود، وأما إذا كانت الوثيقة منعقدة على إشهاد الشاهدين كالصدقة والابتياع ونحو ذلك، فلا ينبغى أن تؤخذ الشهود بحفظ ما فى الوثيقة، وحسبهم أن يقولوا أن شهادتهم فيها حق، وأنهم يعرفون من أشهدهم، ولا يمسك القاضى الكتاب ويسألهم عن شهادتهم.

فصل

فى الشهادة فى العدم

وصفتها أن تقول الشهود إنَّا نعرف فلان بن فلان معرفة صحيحة، وأنه من أهل الفقر والعدم، وما علمنا أن له مالاً حاضرًا ولا غائبًا ولا ريعًا ولا عروضً، ولا شيئًا يعدى عليه فيه.

تنبيه: قال ابن الهندى: إذا شهدت البينة على المديان أن له مالاً ولم تعين ذلك، فليس ذلك بشىء إذا كان العدم قد ثبت له، وإنما ألزم باليمين استبراء إذا اتهم أنه أخفى مالاً.

فصل: وفى «الطرر» لابن عادت: إذا وقع فى الوثيقة محو أو بشر أو ضرب فى غير مواضع العدد، مثل عدد الدنانير أو جلها أو تاريخ الوثيقة وما أشبه ذلك، لم يضر الوثيقة، وإن لم يعتذر منه الكاتب وإن كان فى تلك المواضع، سئلت البينة عنه، فإن حفظت الشىء بعينه الذى وقع فيه ذلك من غير أن يروا الوثيقة مضت، وسئلوا عن البشر، فإن حفظوه مضت أيضًا، وإن لم يحفظوه سقطت الوثيقة.

الفصل التاسع

فيما يحدثه الشاهد بعد شهادته فتبطل

وفى «أحكام ابن سهل» عن ثمانية أبى زيد فيمن شهد عند القاضى، فلما أدى شهادته عنده قال له: بلغنى أن هذا يعنى المشهود عليه، يهددنى ويشتمنى ويرمينى بالمكروه، قال ابن الماجشون: قد أبطل شهادته، ولا أرى للحاكم أن يقبلها، لأنه يخبر أنه عدوه فكيف يشهد عليه؟ وبأدنى من هذا الكلام تطرح شهادته، وقال أصبغ: إن قاله على وجه الشكوى وقصده أن ينهاه عن الأذى، ولم يكن على طلب خصومته بذلك، ولا سمى الشتيمة فلا أرى ذلك شيئًا، وإن سمى الشتيمة وقام بها يطالبه أو يخاصمه، أو كان على وجه الخصومة، وإن لم يسمها فى تلك الساعة فشهادته ساقطة.

مسألة: وفى «المقنع» لابن بطال: إذا شهد الشاهد ثم حدث منه زنا أو قذف أو شرب خمر أو غير ذلك مما يجرحه سقطت شهادته، إلا أن ينفذ القضاء بشهادته قبل أن يصير إلى ذلك، فينفذ الحكم، وفى «كتاب ابن المواز»: إذا كتب القاضى شهادة الشاهد ولم يحكم بها حتى قتل أو قذف أو قاتل من شهد عليه، فلا تسقط بهذا شهادته التى وقعت عند الحاكم، إلا أن يحدث ما يستره الناس من الزنا والشرب فتسقط بذلك، لأن ذلك يدل على أنه يفعل ذلك قبل هذا.

مسألة: ولو شهد شاهد بطلاق امرأة، وأن زوجها طلقها البتة فقبله الإمام، وأحلف المشهود عليه أن ذلك لم يكن ثم فسدت حال الشاهد، ثم شهد آخر بمثل شهادته، قال: لا يقبل الأول على الزوج المشهود عليه، لأنه يوم تضم شهادته إلى الشاهد الثانى غير عدل، فشهادة الأول ساقطة.

مسألة: وأما إذا شهد الشاهد ثم لم يحكم بشهادته حتى وقع بينه وبين المشهود عليه خصومة، فإن شهادته لا ترد بذلك، وكذا لو شهد لامرأة بشهادته فلم يحكم بها حتى تزوجها، فإن شهادته ماضية، لأن العداوة والزوجية إنما حدثتا بعد أداء الشهادة فلذلك كانت ماضية، وفى «المقنع» كثير من هذا المعنى.

الفصل العاشر

فى صفة أداء الشهادة

واللفظ الذى يصح به أداء الشهادة قال القرافى - رحمه الله- فى «الفرق السابع والعشرين والمائتين»: اعلم أن أداء الشهادة لا يصح بالخبر البتة، فلو قال الشاهد للحاكم: أنا أخبرك أيها القاضى بأن لزيد عند عمرو ديناراً عن يقين، فلا يجوز اعتماد القاضى على هذا الوعد، ولو قال: قد أخبرتك أيها القاضى بكذا، كان كذابًا، لأن مقتضاه تقدم الإخبار منه، ولم يقع والاعتماد على الكذب لا يجوز، فالمستقبل وعد والماضى كذب وكذلك اسم الفاعل المقتضى للحال كقوله: أنا مخبرك أيها القاضى بذلك، فإنه إخبار عن اتصافه بالخبر للقاضى وذلك لم يقع فى الحال، فالخبر كيف تصرف لا يجوز للحاكم الاعتماد عليه، وكذلك إذا قال الحاكم للشاهد بأى شىء تشهد؟ فقال: حضرت عند فلان فسمعته يقر بكذا، أو أشهدنى على نفسه بكذا، أو شهدت بينهما بصدور البيع أو غير ذلك من العقود، لا يكون ذلك أداء شهادة، ولا يجوز للحاكم اعتماد على شىء من ذلك، بسبب أن هذا مخبر عن أمر تقدم، فيحتمل أن يكون قد اطلع بعد ذلك على مانع من الشهادة به من فسخ أو إقالة أو حدوث ريبة للشاهد تمنع الأداء، فلا يجوز لأجل من إنشاء الإخبار عن الواقعة المشهود بها والإنشاء ليس بخبر، ولذلك لا يحتمل التصديق والتكذيب، فإذا قال الشاهد: «أشهد عندك أيها القاضى» كان إنشاءً، ولو قال: «شهدت» لم يكن إنشاء، وعكسه فى البيع لو قال: «أبيعك» لم يكن إنشاء للبيع، بل إخبار لا ينعقد به بيع بل هو وعد فى المستقبل، ولو قال: «بعتك» كان إنشاء للبيع، فالإنشاء فى الشهادة بالمضارع وفى العقود بالماضى، واسم الفاعل نحو: طالق وأنت حر، ولم يقع الإنشاء فى البيع باسم الفاعل ، كما تقدم فى الشهادة نحو: أنا شاهد عندك بكذا، أو أنا بائعك بكذا، فهو ليس إنشاءً. قال: وسبب الفرق بين هذه المواطن: الوضع العرفى، فما وضعه أهل العرف للإنشاء كان إنشاء وما لا فلا، فإن اتفق أن العوائد تغيرت، وصار الماضى موضعًا لإنشاء الشهادة، والمضارع لإنشاء العقود ، جاز للحاكم الاعتماد على ما صار موضعًا للإنشاء ، ولا يجوز له الاعتماد على العرف الأول.

تنبيه: وهذا الذى ذكره القرافى هو مذهب الشافعى ولم أره لأحد المالكية، ونقل شمس الدين بن قيم الجوزيه الحنبلى الدمشقى: أن مذهب مالك -رحمه الله- وأبى حنيفة وظاهر كلام أحمد بن حنبل: أنه لا يشترط فى صحة الشهادة لفظ أشهد، بل متى قال الشاهد رأيت كذا وكذا، أو سمعت نحو ذلك كانت شهادته منه، وليس فى كتاب الله تعالى ولا سنة رسول الله ﷺ موضع واحد يدل على اشتراط لفظ الشهادة، ولا ورد ذلك عن أحد من الصحابة، ولا ورد فى القياس والاستنباط ما يقتضى ذلك، بل الأدلة المتظاهرة من الكتاب والسنة وأقوال الصحابة ولغة العرب تنفى ذلك، قال الله تعالى: ﴿قُلْ هَلُمَّ شُهَدَاءَكُمُ الَّذِينَ﴾ [الأنعام: ١٥٠] الآية، ومعلوم أنه ليس المراد التلفظ بلفظ أشهد فى هذا المحل بل مجرد الإخبار بتحريمه، وقال تعالى: ﴿لَكِنِ اللَّهُ يَشْهَدُ﴾ [النساء: ١٦٦]، ولا يتوقف صحة ذلك إلا على أن يقول سبحانه أشهد، وكذلك قوله تعالى: ﴿شَهِدَ اللَّهُ أَنَّهُ لا إِلَهَ إِلاَّ هُوَ﴾ [آل عمران: ١٨]، وقال تعالى: ﴿وَاللَّهُ يَشْهَدُ إِنَّهُمْ لَكَاذِبُونَ﴾ [الحشر: ١١]، وقال تعالى: ﴿وَلا يَمْلِكُ الَّذِينَ يَدْعُونَ مِن دُونِهِ الشَّفَاعَةَ إِلاَّ مَن شَهِدَ بِالْحَقِّ﴾ [الزخرف: ٨٦]؛ أى: خبر به وتكلم به عن علم، وقال تعالى: ﴿وَشَهِدَ شَاهِدٌ مِّنْ أَهْلِهَا﴾ [يوسف: ٢٦] الآية، وقال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰ أَنفُسِكُمْ﴾ [النساء: ١٣٥]، والمقر على نفسه لا يقول أشهد وسمى ذلك شهادة، ولا يفتقر صحة الإسلام إلى أن يقول الداخل فى الإسلام: أشهد أن لا إله إلا الله، بل لو قال لا إله إلا الله محمد رسول الله كفى، وقال تعالى: ﴿وَاجْتَنِبُوا قَوْلَ الزُّورِ (٣٠) حُنَفَاءَ﴾ [الحج: ٣٠، ٣١]، وقال عليه الصلاة والسلام: «**عدلت شهادة الزور الإشراك بالله**»، وقال عليه الصلاة والسلام: «**ألا أنبئكم بأكبر الكبائر؟ الشرك بالله وقتل النفس التى حرم الله، ألا وقول الزور**» فسمى قول الزور شهادة. وقال ابن عباس: شهد عندى رجال مرضيون، وأرضاهم عندى عمر، أن النبى ﷺ نهى عن الصلاة بعد العصر حتى تغرب الشمس، وبعد الصبح حتى تطلع الشمس، ومعلوم أن عمر ابن الخطاب لم يقل لابن عباس: أشهد عندك، ولكن أخبره فسمى ذلك شهادة، فاشتراط لفظ الشهادة لا أصل له فى الكتاب ولا فى السنة، ولا فى عمل السلف الصالح؛ انتهى ما ذكره ابن قيم الجوزية؛ ونسبه إلى مالك -رحمه الله تعالى.

تنبيه: ويؤيد ما نقله ابن قيم الجوزية عن مذهبنا ما ذكره ابن بطال فى «المقنع» عن أصبغ قال: لقد حضرت ابن وهب ومن معه من الفقهاء عند القاضى العمرى، فكان كاتب القاضى يقرأ على القاضى شهادة الشاهد بمحضر الشاهد، ثم يقول للشاهد هذه شهادتك؟ فإذا قال: نعم قبل ذلك منه، فقوله: نعم ليس هو إنشاء للشهادة، وقد اكتفى به من الشاهد وفى «رسالة القضاء والأحكام فيما يتردد بين المتخاصمين عند الحكام» قال: وإذا فرغ الكاتب من قراءة المحضر الذى تقيد فيه الدعوى والجواب قال القاضى للمدعى: هذه دعواك؟ فإذا قال: نعم، قال: لكل واحد من الشهود هكذا شهدت، فإذا قال: نعم وقع القاضى بخطه فى آخره، شهد هؤلاء الشهود عندى، وإن شاء كتب كذلك، كانت الشهادة عندى، فجعل أداء الشهادة لفظة نعم فقط، وفى «الوثائق المجموعة»: أن شريحًا كان يقول للشاهدين إنما يقضى على هذا المسلم أنتما، وإنى محق بكما فاتقيا الله أتشهدان أن الحق لهذا؟ فإذا قالا نعم أجاز شهادتهما، فظاهر نصوص المذهب، أن ما ذكره القرافى لا يشترط فى أداء الشهادة وقبولها وهو منسوب إلى الشافعية، ولعله نقله من كلامهم، فكثيرًا ما ينقل عباراتهم إذا ظهر له أنها غير مخالفة لقواعد المذهب، وقد فعل ذلك فى تصحيح الدعاوى، وله من ذلك كثير فى «باب السياسة» من «كتاب الذخيرة» له؛ نقله من «الأحكام السلطانية» للماوردى الشافعى، ونصوص المذهب مخالفة لما ذكره، وقد ذكرت ذلك فى قسم السياسة الشرعية.

فصل: وللشافعية تفريق فى الشهادة بالمصدر، واسم المفعول والشهادة بالصدور، فإذا قال الشهود: نشهد أن هذا وقف، أو هذا مبيع من فلان، أو هذه منكوحة فلان، فإن الحاكم يحكم بموجب شهادتهم، ويكون ذلك متضمنًا للحكم بصحة الوقف ونحوه، ولو شهدوا بالصدور فقالوا: نشهد بصدور الوقف أو بصدور البيع، لم يحكم بموجب شهادتهم لاحتمال تغيير تلك العقود، كما لو استحق الوقف أو صدرت الإقالة فى البيع ونحو ذلك؛ قاله الشيخ سراج الدين البلقينى فى بعض تعاليقه، وهو الذى أشار إليه الشيخ تقى الدين كما قدمناه عنه قبل هذا، فينبغى تأمل ذلك.

*****

القسم الثانى

من الكتاب فى أنواع البينات
وما يتنزل منزلتها وما يجرى مجراها
وينحصر ذلك فى سبعين بابًا

الباب الأول

فى القضاء بأربعة شهود

وذلك فى الشهادة على إثبات الزنا، وهى على أربعة أوجه:

الوجه الأول: الشهادة على رؤية الزنا عيانًا، فهذا الوجه هو المتفق على أنه لابد فيه من أربعة شهود.

الوجه الثانى: الشهادة على الإقرار به ولو مرة، خلافًا لمن يشترط الإقرار به أربع مرات، واختلف هل يكتفى بشهادة رجلين على المقر، أو لابد من شهادة أربعة على الإقرار به، لأن الشهادة على الإقرار تئول إلى إقامة الحد، فساوت الشهادة على المعاينة لتساوى موجبهما ووجه القول الأول أن الأصل فى الشهادات على الإقرار أن يكتفى فيها بشاهدين، فأجرى الإقرار بالزنا على ذلك الأصل.

فرع: وفى «تنبيه الحكام»: اختلف فى شهادة اثنين فى الإقرار والنقل عن شهود الأصل الذين عاينوا الزنا، وكذلك إذا شهد اثنان على كتاب القاضى بالحكم بذلك، هل تجوز أم لا؟ وإذا لم تجز فهل يحد الشاهدان أم لا؟ وإن شهد واحد على الإقرار حد، فإن نقل ذلك عن غيره ففيه خلاف، قال ابن القاسم: يحد، وقال محمد: لا يحد إذا قال أشهدنى فلان، إلا أن يقول هو زان أشهدنى فلان، وهذا أحسن لأنه حقق عليه، فإذا لم يثبت حد.

فرع: واختلف إذا قال الشاهد الواحد رأيت فلانًا مع فلانة أو بين فخذيها، فقال ابن القاسم: يعاقب، وقال غيره: لا عقوبة، ورأى اللخمى أن الشاهد إن كان عدلاً فلا عقوبة عليه، أو غير عدل فيعاقب، وقيل: إن كان المشهود عليه ممن يتهم لم يعاقب الشاهد وإلا عوقب.

الوجه الثالث: الشهادة على الشهادة به، واختلف فى ذلك فقيل: يكفى اثنان على شهادة كل واحد من الأربعة، وقيل: لا يكفى إلا أربعة على كل واحد من الأربعة، فتكون ستة عشر، وقيل: لا يكفى إلا أربعة على كل واحد من الأربعة، فتكون ستة عشر، وقيل: يكفى أربعة يشهدون على كل واحد من الأربعة الذين شهدوا على المعاينة.

فرع: لو لم يعرف القاضى أحد الشهود فاختلف، هل يكتفى فى تعديله باثنين أو لابد من أربعة؟

الوجه الرابع: الشهادة على كتاب القاضى بثبوته والحكم به، واختلف أيضًا فى ذلك كما تقدم فى الشهادة على الشهادة، هل يكفى فى الشهادة على كتاب القاضى اثنان أو لابد من أربعة؟

مسألة: وفى «المتيطة»: لو شهد أربعة بالزنا على رجل وتعلقوا به وأتوا به إلى السلطان، وشهدوا عليه قال: لا أرى أن تجوز شهادتهم، وأراهم قذفة، ورواه أصبغ فى «كتاب الحدود»، فإن كانوا أصحاب شرط موكلين بتغيير المنكر ورفعه، فأخذوه وجاءوا به فشهدوا عليه، جازت شهادتهم لأنهم فعلوا فى أخذه ورفعه ما يلزمهم، وفى «الواضحة» لمطرف وابن الماجشون وأصبغ، أنه إذا شهد أربعة بزنا على رجل جازت شهادتهم، وإن كانوا هم القائمين بذلك مجتمعين جاءوا، أو متفرقين إذا كان افتراقهم قريبًا بعضهم من بعض.

مسألة: ويشترط فى الشهادة على الزنا أن يكونوا أربعة رجال ذكورًا عدولاً، يشهدون بزنا واحد مجتمعين فى أداء الشهادة، غير مفترقين بأنه أدخل فرجه فى فرجها كالمروز فى المكحلة.

مسألة: وظاهر المذهب جواز النظر إلى الفرج قصدًا للتحمل، وللحاكم أن يسألهم كما يسأل الشهود فى السرقة، ما هى؟ ومن أين؟ وفروع هذا الباب مشهورة فى محالها.

فصل: ويلحق بهذا النوع أحكام لابد فيها من أربعة شهود:

الأول: الشهود الذين يحضرون لعان الزوجين، والمذهب أن أقلهم أربعة.

الثانى: شهادة الإبداد فى النكاح، وذلك إذا أنكح الرجل ابنته البكر من رجل ولم يحضرهما شهود، بل إنما عقدا النكاح وتفرقا، وقال كل واحد لصاحبه: أشهد من لاقيت؛ هكذا فسره فى «المختصر»، فلا تتم الشهادة إلا بأربعة شاهدان على الأب، وشاهدان على الزوج، فإن أشهد كل واحد منهما الشهود الذين أشهدهم صاحبه، لم تسم هذه شهادة إبداد وسيأتى بيان ذلك فى بابه من هذا الكتاب.

فرع: أما لو كانت الزوجة مالكة أمرها، لم تكمل الشهادة على النكاح إلا بستة، اثنان على الناكح، واثنان على المنكح، واثنان على الزوجة.

الثالث: لو قذف رجل رجلاً فأتى بشاهدين، يشهدان أنهما حضراه، يجلد الحد فى الزنا، قال: لا ينفعه ولابد من أربعة شهود يشهدون أنه حد فى الزنا، قال ابن رشد فى «البيان»: والقياس أنه يدخل الخلاف فى هذه المسألة من اختلافهم فى كتاب القاضى بثبوت الزنا، أنه يكفى فيه اثنان وقد تقدم ذلك.

الرابع: الشهود الذين يحضرون عقوبة الزانى أقلهم أربعة.

الخامس: شهادة السماع فى الأحباس وغيرها، لا يجزئ فيها أقل من أربعة على قول ابن الماجشون، والمشهور أنه يجزئ فيها اثنان.

السادس: الشهادة فى باب الاسترعاء، وأقلهم أربعة على قول ابن الماجشون، والمشهور اثنان.

السابع: الشهادة فى الترشيد والتسفيه، قال ابن اماجشون وغيره من أصحاب مالك: ويشترط فيها الكثرة، وأقلهم أربعة شهود، والمشهور أنه يجزئ فى ذلك اثنان.

الثامن: شهادة القوم الذين قطع اللصوص عليهم الطريق، قال مالك: تقبل شهادتهم عليهم إذا كانوا كثيرًا، وأقل الكثير أربعة، وقال ابن الماجشون والمغيرة وابن دينار: لا يجزئ فى ذلك أقل من أربعة، وقال مطرف وابن القاسم: يجوز عدلان.

التاسع: قال ابن عبد السلام: حكى بعضهم عن أبى بكر بن الجهم من أصحابنا، أنه لا يقبل فى الرضاع أقل من أربعة، والمشهور أنه يثبت بشاهدين وبامرأتين.

الباب الثانى

فى القضاء بشاهدين

لا يجزئ غيرهما، وذلك النكاح والرجعة والطلاق والخلع والتمليك، والمباراة والعتق والإسلام والردة والولاء والنسب والكتابة والتدبير والبلوغ والعدة والجرح والتعديل والشرب والقذف والحرية والشركة والإحلال والإحصان وقتل العمد، وكذلك الوكالة والوصية عند أشهب، فهذه الأحكام لا تثبت إلا بشاهدين ذكرين حرين عدلين؛ قاله ابن رشد وغيره.

تنبيه: فإن شهد على هذه الأمور شاهد واحد، أحدث حكمًا آخر، فأما النكاح فإن كان الزوجان مقرين أشهدا شاهدًا آخر، وأجبر الآبى منهما، وإن كان أحدهما منكرًا لم يحلف المشهود له مع الشاهد، وأما المشهود عليه، فإن كانت المرأة لم تحلف، وفى «الموازية»: أن المشهود عليه منهما يحلف، والمشهور أن الشاهد الواحد لا يوجب يمينًا على واحد منهما، فإن شهد على النكاح رجل وامرأتان وثبت المسيس سقط الحد، ولا يحكم بالنكاح؛ من «تنبيه الحكام» لابن المناصف، وأما دعوى العبد أو الأمة العتق، فإن أقام أحدهما شاهدًا حلف السيد، فإن نكل فقيل: يعتق عليه، وقيل: يسجن حتى يحلف، وقيل: يخلى من السجن إذا طال والطول سنة، وأما إن شهد بقتل العمد شاهد واحد، ونكل الأولياء عن القسامة فإن الأيمان ترد على القاتل، فإن حلف برئ واختلف إذا نكل، قيل: يسجن أبدًا حتى يحلف، وقال أشهب: إن طال السجن ويئس أن يقر أو يحلف، كانت الدية عليه فى ماله؛ من «التنبيه»، وأما إن شهد بجرح العمد شاهد فثبتت اليمين على المشهود عليه، إما لنكول المشهود له عن اليمين على القول بوجوب ذلك بشاهد ويمين، أو على القول الآخر أنه لا يمكن من ذلك بالشاهد واليمين، وتوجهت اليمين على المشهود عليه، فإن نكل عن اليمين سجن أبدًا حتى يقر أو يحلف، وعلى القول الآخر يخرج بعد سنة، وقال أشهب: يقتص منه، وذكر ذلك عن ابن القاسم؛ من «التنبيه»، وأما الشاهد الواحد على قتل الخطأ والجراح، فليس من هذا

الباب، وحكمه حكم الماليات، تثبت الدية بشاهد ويمين القسامة، وبشاهد ونكول المدعى عليهم؛ من «التنبيه».

فصل: قال فى «تنبيه الحكام» وكل من أقر من هؤلاء بالحق المشهود به، عليه بسبب طول السجن، أخذ بإقرار، ولم يكن السجن فى حقه إكراهًا، لأنه سجن بحق بخلاف الإكراه ظلمًا، وأما الطلاق فإن أقامت المرأة شاهدًا بالطلاق وأنكر الزوج حلف وخلى بينه وبينها، وإن نكل سجن حتى يحلف أو يطول أمره والطول فى ذلك سنة، وقيل: يسجن أبدًا حتى يحلف أو يطلق، وقيل: تطلق عليه لتمام أربعة أشهر لمشابهته الإيلاء، وأما الشرب فقال فى «المدونة»: إن شهد رجل على آخر أنه شرب خمرًا نكل الشاهد، وأما السرقة فإن كان لها من يطلبها لم يعاقب الشاهد عدلاً كان أو غير عدل، وإن لم يكن لها من يطلبها عوقب إن كان غير عدل، وإن كان عدلاً فلا فإذا شهد عدل، أو شاهد وامرأتان أنه سرق للمدعى مثل الشيء المدعى فيه من غير تعيين لذلك الشى المدعى فيه أنه عين شيئه، فإنه يوجب توقيفه، وقال مالك؛ فيمن شهد له قوم أنهم سمعوا أنه سرق له مثل ما يدعى، فإنه يدفع ذلك إليه إذا وضع قيمته، وإن لم تكن شهادة قاطعة، يعنى أنه يمكن من دفعه إليه لتشهد بينته على عينه، فإذا صح ذلك حكم له به من التنبيه، وأما القذف فيحلف المشهود عليه ويبرأ، فإن نكل فهل يحد فى القذف أو يسجن أبدًا حتى يحلف أو يخرج بعد سنة خلاف.

مسألة: وفى «التنبيه» لابن المناصف: واختلف فى الشاهد الواحد على التوكيل بالمال من غائب، هل يحلف الوكيل معه ليثبت التوكيل أولا؟ فالأشهر المنع واستحسنه اللخمى إلا أن يتعلق بذلك التوكيل حق للوكيل، مثل أن يكون على الغائب دين أو لأنه يقر المال فى يده قراضًا وما أشبه ذلك فيحلف ويستحق.

*****

الباب الثالث

فى القضاء بشاهدين أو بشاهد وامرأتين
أو بشاهد ويمين المدعى أو بامرأتين ويمين المدعى

وذلك فى الأموال وحقوقها، كالآجال والخيار والشفعة والإجارة والحبس وقتل الخطأ، ونجوم الكتابة وإن عتق بها، وكالشهادة على الوكالة بطلب المال وإسناد الوصية التى ليس فيها غير المال والمشهور الجواز فى المسئلتين، وكذلك القرض والبيع وما فى بابه، ومما يدخل فى هذا القسم ويختلف أيضًا فيه، هل له حكم المال أو لا الشهادة على التاريخ المتضمن مالاً، وهو يئول إلى ما يتعلق بالأبدان، كالرجل تلزمه يمين بالطلاق أو العتق، ليقضين فلانًا حقه إلى أجل كذا فيمضى الأجل، ويدعى الحالف أنه قد مضى المال قبل الأجل، ويشهد له رجل وامرأتان بأنه، قضى المال فقط سقط المال، وأما الطلاق والعتق، فعن مالك قولان قال مرة إن الطلاق وقع بمضى الأجل فلا يرتفع حكمه إلا بشهادة رجلين على ما ادعاه، وقال مرة: إنه يسقط الطلاق بسقوط ذلك الحق، إما بإقرار الطالب إن قبض، ويمين المطلوب عند نكول الطالب أو شاهد ويمين وكذلك الشاهد والمرأتان، ومثل ذلك أن لو شهد أربعة أنه وطئ أمة لفلان، فزعم الواطئ أنه اشتراها من سيدها قبل ذلك، فرأى ابن القاسم سقوط الحد عنه إذا ثبت ملكه، بما تثبت به الأملاك من إقرار أو شاهد وامرأتين، أو يمين الواطئ مع نكول السيد، وقال أشهب: يحد ولا يسقط الحد عنه بشىء من ذلك كله، إلا أن شهد به رجلان واستحسن إذا شهد رجل وامرأتان، بتقدم الشراء أن يدرأ عنه الحد، وذلك لقوة الشبهة فى كمال الشهادة، فهذا وما كان فى معناه مختلف فى أى أصل يكون؟ قيل: هو شهادة عن مال، فيحمل على أحكامه فى الشهادات وسائر وجوه الإثبات، فإذا صح تعلق به ما يتقاضاه صحة ذلك الحق من حكم غير المال، كما كان ذلك فى المكاتب يؤدى نجومه، والرجل يشترى أباه أو ابنه وما أشبه ذلك، وقيل: بل هو شاهد على وقت والوقت ليس هو بمال، ثم هو مع ذلك يئول إلى غير المال فلم يجز فيه إلا رجلان.

ومما يختلف فى شهادة النساء فيه جراح العمد، قال ابن راشد فيها ثلاثة أقوال:

أحدها: جواز شهادتهن فيها.

والثانى: أنها تجوز فى الجرح الذى لا قصاص فيه، وإنما هو مال، وقيل: تجوز فيما صغر من الجراح دون ما كبر، فوجه القول الأول أن من جراح العمد مالا قود فيه، إنما فيه دية ذلك الجرح كالجائفة والمأمومة، فحمل ما بقى من جراح العمد على ذلك، وحمل جميع ذلك على باب الماليات ووجه المنع أن ذلك من حقوق الأبدان، فلا يجزئ فيها إلا شاهدان وهو أجرى على قياس المذهب، ومن ذلك النقل عمن شهد بمال والوكالة بطلب المال والوصية به وقد تقدم ذلك، والشهادة على أسباب التوارث، وسيأتى بيانه قريبا، وكذلك فى الولاء والنسب وسيأتى بيانه، والجواز لابن القاسم، والمنع لأشهب، فحمل ابن القاسم شهادة المرأتين فى ذلك على شهادتهن فى الأموال، ومنع أشهب اعتبارًا بأعيانهن لا بما تئول إليه.

مسألة: لو شهد بالسرقة رجل وامرأتان ثبت المال دون القطع، وكذلك فسخ العقود يثبت بشاهد وامرأتين، وكل جرح لا يوجب إلا المال كما تقدم مثاله، وكل ما كان من المال أو المقصود منه المال فيثبت برجل وامرأتين. والذى المقصود منه المال كالبيع والإجارة وما تقدم، ومن ذلك الوديعة والعارية والرهن والقراض والغصب والمساقاة والمغارسة والصلح والكفالة بالمال وما أشبه ذلك.

فصل: وأما القضاء باليمين مع الشاهد فهو أمر ثابت عن رسول الله ﷺ فى الحديث الصحيح، وقضى به جماعة من الصحابة ولم يرو عن أحد منهم أنه أنكره، وبه قال الفقهاء السبعة، وإليه ذهب مالك والشافعى وأحمد بن حنبل، قال مالك: يقضى به فى كل بلد، ويحمل عليه الناس حيث كانوا، وأما يحيى بن يحيى الأندلسى الليثى فإنه ترك العمل به وزعم أنه لم ير الليث يقول به، ويحكى عن قاضى الجماعة ابن بشير الأندلسى أنه لم يحكم به إلا مرة واحدة، وقال عبيد الله بن يحيى: الذى كنت أعرفه من والدى، أنه كان يذهب إلى أن التخيير إلى القاضى، إن كان ذلك الأمر من الأشياء التى لا يوصل إلى الإكثار فيها من الشهود، وكان الأمر مشهورا عند الناس، أو كان كتابا قديما قد مات شهوده إلا واحدا مبرزًا، فكان يرى أن يحكم القاضى فى ذلك باليمين مع الشاهد، وقال ابن

لبابة: اخـتلاف العلماء وما ذهب إليـه مالك فى ذلك معروف، وقـضاتنا لا يرون ذلك، وإنى متـوقف عن الاختـيار فى ذلك، قال ابن سـهل: ومن صح نظره فى أحوال الناس لم تطب نفسه أن يقضى إلا بالشـاهد المبرز فى العدالة، قال الرعينى فى كتاب «الدعوى والإنكار»: ويحكم بالشـاهد واليمين فى كل حق يدعيه الرجل على صاحبه من بيع أو شـراء من أى السلع، كان من دور أو أرضين أو حيوان أو رقـيق أو ثياب أو طعـام أو كراء أو إجـارة أو شركـة أو معـاوضة أو مـساقـاة أو مقارضة، أو جعل أو صناعة أو سلف أو وديعة أو غصب أو سرقة، أو تعد أو هبة لله تعالى أو للثـواب أو صدقة أو نحلة أو عطيـة أو بضاعة أو عـارية أو حبس أو سكنى أو إخدام أو صداق أو صلح من إقرار أو إنكار فى عـمد أو خطأ أو جراحة عمدا أو خطأ أو تولية أو إقالة أو خـيار، أو تبر من عيب ورضى به بعد العلم من غيـر تبر أو وكالة فى شىء مما ذكرنـاه، مما يكون مالاً أو يئول إلى مال، فـإذا أقام المدعى على شىء مما تقدم شـاهدا واحدا عدلا وحلف معه أخـذ ما ادعى، ويثبت فى القتل عمده وخطئه إلا أنه مع القسامة.

تنبيه: قول الرعـينى -رحمه الله تعـالى: أو فى حبس يريد على معـينين، ففى «المتيطيـة»: وإن شهد شـاهد بصدقة أو حـبس على معينين حلفـوا مع شاهدهم، واستحقوها وإن كان على غيـر معينين، حلف المشهود عليه وبرئ، فإن نكل حكم عليه به، قال: وإن كـانت الصدقة أو الحبس على بنى فلان، فـروى ابن الماجشون عن مالك: أنه يحلف الكل مـعه وينفذ لجمـيعهم، وفى «كتـاب ابن حبيب»: إن حلف منهم واحد نفـذ له ولغيره، وروى مـحمد عن أصـحابه: أنه لا تجوز فـيه اليمين مع الشاهد.

واعلم أن اليـمين مع الشـاهد إنما تكون فى الأمـوال كـمـا تقـدم، وتكون فى المشاتمة، مـا عدا الحدود فـى القربة والسرقـة والشرب والنكاح والرجـعة والطلاق والعتاق، وما تقدم أنه لا يثـبت إلا بشاهدين، وكذلك لا يكون اليمين مع الشاهد الواحد فى الشـهادة على شـهادة الشـاهد، واختلف فى الوكالـة بالمال، وذكر ابن راشد فى قول ابن الحاجب، وكذلك الوكالة بالمال والوصية به على المشهور، قال: ومنشأ القولين فى الوكـالة والوصية، أن الشهادة باشرت مـا ليس بمال لكنها تئول

إلى المال، فاعتبر ابن القاسم المال فأجاز فيها الشاهد واليمين والرجل والمرأتين وهو قول مالك وابن وهب، ولما كان قول مالك وابن القاسم وابن وهب الجواز شهره ابن الحاجب ولم يجز ذلك أشهب وابن الماجشون، لأنها باشرت ما ليس بمال، وفى «المتيطية» وإن شهد على غائب فى وكالة شاهد، فروى أنه يحلف الوكيل وتثبت وكالته، والأكثر الذى جرى عليه العمل أنه لا يحلف معه.

قال ابن دحون: يلزم من أجاز شهادة النساء على الوكالة فى المال، أن يجيز شاهدا ويمينا على الوكالة فى المال، لأنها تئول إلى المال، وزاد القرافى فيما نقله عن العبيدى فى هلال رمضان وذى الحجة والإيصاء والترشيد، قال: والمواضع المختلفة فيها خمسة: الوكالة بالمال، والوصية به، والتجريح والتعديل، ونكاح امرأة قد ماتت؛ انظر «القواعد» فى الفرق الثامن والثلاثين والمائتين، ومعنى قوله نكاح امرأة قد ماتت، أنه إذا شهد على النكاح بعد موت المرأة شاهد، أو أن أحد الوارثين مات قبل الآخر، فهل يحلف مع الشاهد، ويثبت الميراث أو لا، وكذلك لو شهد بذلك رجل وامرأتان، قال ابن القاسم: يورث مع الشاهد واليمين والشاهد والمرأتين، وأشهب يمنع لترتيب ثبوت النكاح على ذلك.

مسألة: وتجوز اليمين مع الشاهد فى الوراثة، مثل أن يشهد شاهدان على تسمية ورثة ميت، فيقول أحد الشاهدين لا أعلم له وارثا غيرهم، ويقول الآخر لا أدرى هل له وارث غيرهم، أولا فإن الورثة يحلفون بالله لما له وارث غيرنا، ثم يستحقون الميراث، وكذلك الحكم فى الرجل يهلك عن مال وولد فيثبت نسبه من أبيه بشاهدين، فيسأله الحاكم البينة على عدة ورثة أبيه، فيقول: لا وارث له غيرى، ويأتى على ذلك بشاهد واحد يشهد له أنه لا يعلم له وارثا غيره، فإنه يحلف مع شاهده، ويستحق المال ولو لم يثبت نسبه إلا بشاهد واحد لم يحلف معه، كما تقدم من أنه لا يثبت إلا بشاهدين.

مسألة: وكذلك الولاء لا يثبت إلا بشاهدين، فلو أقام شاهدا واحدا على ميت أنه مولاه وأنه أعتقه، فكان ابن القاسم يقول: إنه يحلف مع شاهده ويستحق المال ولا يستحق الولاء. قال أشهب: لا يستحق المال ولا الولاء لأنه لم يثبت الولاء الذى يستحق به المال، فلا يستحق المال قبل أن يستحق الولاء.

مسألة: لو ادعى المبتاع فى العيب الخفى أنه كان عند البائع، وشهد له بذلك شاهد واحد، فقال ابن القاسم فى «كتاب محمد»: يحلف المبتاع مع شاهده ويرد العبد؛ قاله ابن نافع والمخزومى، وقال ابن كنانة: لا يحلف مع شاهده لأنه إذا حلف معه، فكأنه قد علم أنه كان به ذلك العيب يوم ابتاعه، فلابد من شاهدين على ما يدعيه، قال بعض الشيوخ: والصواب ما فى «كتاب محمد»، غير أنه للمبتاع أن يصل بيمينه أنه لا يعلم بهذا العيب، إلا حين قيامه ليندفع بذلك ما اعتل به ابن كنانة، وإذا قلنا يحلف المبتاع مع شاهده، فلو نكل عن اليمين فهل يحلف البائع على البت وهو قول محمد، وليس بالبين أو يحلف على العلم؛ قاله أصبغ، انظر «المتيطية».

مسألة: قال مالك -رحمه الله: قد تكون الشهادة فى المال تؤدى إلى الطلاق، مثل أن يقيم شاهدا واحدا أنه اشترى امرأته من سيدها، فيحلف معه ويستحقها ويكون فراقا.

فرع: وقد يدخل الشاهد واليمين فى مال يؤدى إلى العتق، مثل أن يقيم المكاتب شاهدا على أداء كتابته، فإنه يحلف معه ويتم العتق، وكذا لو ثبت على رجل دين بشهادة رجل ويمين المدعى، فإنه يرد بهذه الشهادة العتق الذى وقع بعد الدين.

فرع: وقد يدخل الشاهد واليمين فى القذف، مثل أن يقذف رجل رجلا ظاهر الحرية فيجب عليه الحد، فيأتى من يستحق رقبة المقذوف بشاهد ويمين فيسقط الحد عن القاذف، أو يقذف مكاتبا، فيأتى المكاتب بشاهد أنه أدى كتابته فيحلف معه فيجب الحد لتمام العتق؛ من «المتيطية».

مسألة: حيث قلنا يحكم باليمين مع الشاهد، فهل ذلك منسوب إلى الشاهد فقط واليمين كالاستظهار أو اليمين كشاهد ثان؟ فيه خلاف، ويظهر أثر ذلك الخلاف إذا رجع الشاهد هل يغرم الحق كله أو نصفه؟

مسألة: وحيث يحكم باليمين مع الشاهد وكانت الدعوى على يهودى أو نصرانى أو مجوسى أو عبد مملوك أو أمة، أو كانت الدعوى لواحد من هؤلاء، فإنه يحلف مع شاهده ويستحق ما حلف عليه، وإن كانت الدعوى عليه فليس عليه إلا يمينه بالله تعالى.

فصل: وأما القضاء بامرأتين ويمين، فيجرى المدعى فيما يجرى فيه الشاهد واليمين من الأموال على ما تقدم فى باب الشاهد واليمين، وكذا الورثة، كما لو ولدت امرأة ثم ماتت هى وولدها، فشهدت امرأتان أن الأم ماتت قبل ولدها فإن الأب يحلف أو ورثته على ذلك، ويستحقون ما يرث عن أمه لأنه مال؛ قاله ابن القاسم.

تنبيه: واختلف فى مسائل منها: لو شهد النساء فى طلاق ودين بشهادة واحد جازت فى الدين مع اليمين دون الطلاق.

فرع: وكذا إذا شهدت امرأتان على ميت أنه أوصى لرجل، قال فى «المدونة» لا تجوز شهادتهما إن كان فى الوصية عتق، وإبضاع النساء يريد نكاح البنات فأبطل الوصية كلها، قال ابن راشد: وقد اختلف فى هذا الأصل وهو ما إذا اشتملت الشهادة على ما تجيزه السنة وما لا تجيزه، والمشهور جواز ما أجازته السنة دون ما لا تجيزه، وقيل: يرد الجميع.

*****

الباب الرابع

فى القضاء بشاهد وامرأتين ونكول المدعى عليه عن اليمين المردودة والقضاء باليمين الرافعة واليمين المنقلبة وحكم نكول المدعى عن اليمين المصححة للدعوى

وذلك يجرى فى كل موضع يقبل فيه الشاهد واليمين والمرأتان واليمين، وصورة ذلك أن يشهد على المدعى عليه شاهد وامـرأتان، فإذا توجهت اليمين على المدعى ردها على المدعى عليه، فإن نكل عن اليـمين قضى عليه بنكوله وليس له أن يردها على المدعى، لأن اليمين المـردودة لا ترد، ففى هذه الصورة تسـمى اليمين المردودة ولو لم يردها المدعى، فـإن الحكم يوجب انقلابهـا على المدعى عليه، فـإن حلف برئ وإن نكل غرم.

وأما اليمين الرافعة للدعوى، فصورة ذلك أن يدعى رجل على رجل حقا وليس له بينة على ذلك، فينكـر المدعى عليه فتتـوجه عليه اليـمين على نفى ما ادعى به عليه، فهذه هى اليمين الرافعة للدعوى.

وأما اليمين المنقلبة، فهى أن يطلب المدعى عليه باليمين الرافعة للدعوى، فينكل عنها فتنقلب اليـمين على الطالب فيحلف ويستحق، فـإن جهل المطلوب ردها فإنه يجب على الحـاكم أن يخبره ولا يـقضى عليه حـتى يردها، فإن نكـل المدعى فلا شىء له.

فرع: فإن حلف المدعى حين نكـل المدعى عليه وأخذ مـا ادعاه، ثم إن المدعى عليـه وجد بينة ببـراءته من ذلك نفعـه ذلك، واستعـاد ما أخـذه منه المدعى؛ من «مختصر الواضحة».

فرع: وعكس هذا إذا امتنع المدعى من اليمـين مع الشاهد، وحلف المدعى عليه ثم وجد الطالب شاهدا آخر، فـقيل يضم إلى شاهده الأول، وتبطل يمين المطلوب

رواه ابن الماجشون عن مالك، قال ابن الماجشون: وكلمت فيه ابن كنانة، فقال: هذا عندنا وهم من قوله، وقد كان يقول: إن ذلك ليس له، لأن الطالب قد كان له أن يحلف مع شاهده الأول، فلما أبى ذلك لم يكن له بعد ذلك الرجوع فى ذلك، ولا الاعتداد به بشاهد آخر، وإنما يكون هذا فيما ليس فيه اليمين مع الشاهد، مثل المرأة تقيم شاهدا على طلاق زوجها أياها، والعبد يقيم شاهدا على عتق سيده إياه، فيحلف الزوج أو السيد ثم يجد الطالب منهما شاهدا آخر، فإنه يضم له إلى شاهده الأول ويبطل يمين الحالف. قال ابن الماجشون: وبهذا أقول وهو الحق - إن شاء الله تعالى- وقيل: إن جاء بشاهدين سوى الأول قضى له بهما وإلا فلا، وقيل: إن جاء بشاهدين قضى له بهما، وإن جاء بشاهد استؤنف الحكم فيحلف معه؛ انظر «المتيطية»، وهذا الاختلاف إذا لم يعلم بشهادة الثانى، أو كان بعيد الغيبة، ومن ذلك إذا ادعى المطلوب العدم، وقال: إن المدعى عالم بذلك فله أخذ اليمين الرافعة للدعوى، فإن نكل المدعى فلا مقال وحلف المطلوب أنه ليس له مال ظاهر ولا باطن، وهذه اليمين تسمى اليمين المصححة للدعوى، والمدعى فى هذه الصورة مدعى عليه؛ انظر «المتيطية».

تنبيه: وينبغى للحاكم أن يبين للمدعى عليه حكم النكول، إن كانت الدعوى فى مال وحكمه إن كانت فى طلاق أو عتق.

مسألة: وقد اختلف فى القضاء بالشاهد والنكول فى الطلاق والعتاق، فعن مالك فى ذلك روايتان، وقد تقدم بيان ذلك فى الباب الثانى.

فصل: وأصل هذا الباب إقامة السبب المقوى للدعوى مقام الشاهد الواحد، وبيان ذلك أن الدعوى إذا لم تقم عليها بينة، ونكل المدعى عليه عن اليمين فردت اليمين على المدعى حلف واستحق حقه باجتماع نكول المدعى عليه ويمين المدعى، فكما كانت تجب اليمين مع الشاهد وجبت مع النكول، فالنكول سبب يقوم مقام الشاهد الواحد، واليمين تقوم مقام الشاهد الآخر، فيستحق بذلك حقه كما يستحق بالشاهدين، فإن نكل المدعى عن اليمين فلا شىء له، وإن أقام على الدعوى شاهدا فنكل الذى قام له الشاهد، حلف آخر وبرئ لأنه يمينه تكافئ شاهد

المدعى، فيسقط الطلب، فإن نكل المطلوب بعد رد اليمين عليه غرم، لأن نكوله سبب ثان يقوى دعوى الطالب، فوجب الحق لاجتماع السببين كما يجب بالشاهدين، وحاصله أن الحق لا يثبت بسبب واحد، كما لا يثبت بشاهد واحد، فتلخص من هذا صورتان:

الأولى: نكول المدعى عليه عن اليمين الرافعة للدعوى، حيث لا بينة فتنقلب اليمين على المدعى، فإن حلف استحق وإلا فلا شىء له.

الصورة الثانية: أن يكون على الدعوى شاهد فينكل المدعى عن اليمين مع شاهده، وترد اليمين على المدعى عليه، فإن حلف برئ، وإن نكل غرم.

*****

الباب الخامس

فى القضاء بالبينة التامة مع يمين القضاء

وتسمى أيضا يمين الاستبراء، وصورة ذلك أن يشهد شاهدان لرجل بشىء معين فى يد آخر، فإنه لا يستحقه حتى يحلف ما باع ولا وهب ولا خرجت عن يده بطريق من الطرق المزيلة للملك، وهو الذى عليه الفتيا والقضاء وعلله الأصحاب بأنه يجوز أن يكون باعها من المدعى عليه، أو غير ذلك من الاحتمالات، ومع قيام الاحتمال لابد من اليمين.

مسألة: قال ابن راشد: ويمين القضاء متوجهة على من يقوم على الميت، أو على الغائب، أو على اليتيم، أو على الأحباس، أو على المساكين، وعلى كل وجه من وجوه البر، وعلى بيت المال، وعلى من استحق شيئا من الحيوان، ولا يتم الحكم إلا بها.

فرع: وفى «مفيد الحكام مما نقله من الأحكام» للباجى، قال: أجمع من علمت من أصحاب مالك، أنه لا يتم لمستحق غير الرباع والعقار حكم إلا بعد يمينه، قال: ورأى بعض مشايخنا ذلك لازما فى العقار والرباع، وبعضهم لم ير فى ذلك يمينا.

مسألة: ويمين المستحق على البت أنه ما باع ولا وهب، ويمين الورثة على العلم أنه ما خرج عن ملك مورثهم بوجه من الوجوه كلها وأن ملك جميعهم يعنى الورثة، باقٍ عليه إلى حين يمينهم، وهذه التتمة فى اليمين تكون على البت.

مسألة: إذا ادعى رجل بدين على ميت وأقام عليه البينة، فإن كان ورثته كبارا ولم يدعوا دفع الدين من مورثهم ولا من أنفسهم، ففى «كتاب ابن شعبان»: لا يلزم رب الدين يمين بخلاف ما لو كانوا صغارا، فلابد من اليمين وظاهر ما فى «النوادر» خلافه، وقال بعض الشيوخ: لابد من اليمين مخافة طرو دين أو وراث آخر.

مسألة: وفى «معين الحكام»: اختلف فيمن استحق شيئا من الرباع أو الأصول، هل عليه يمين أم لا؟ فالذى ذهب إليه مالك -رحمه الله- وجرى عليه العمل أن لا يمين على مستحق ذلك، ووجه قول مالك: أن الرباع مما جرت العادة بكتب الوثائق فيها عند انتقال الملك عليها والإعلان بالشهادة فيها، فإذا لم يكن عند المدعى عليه شىء من العقود والمكاتب، وقامت البينة للطالب قويت حجته، واكتفى بالبينة عن إحلافه بخلاف سائر الممولات التى يخفى وجه انتقالها، ويقل حرص الناس على المشاحة فى كتاب الوثائق فيها، فتوجهت اليمين لذلك، وقال ابن وهب وابن القاسم فى كتاب الاستحقاق من «العتبية» لابد من يمين من استحق شيئا من ذلك، أنه ما باع وما وهب كالعروض والحيوان، واتفقوا فى غير الأصول أنه لا يقضى لمستحق شيئا من ذلك حتى يحلف. قال ابن سهل، قال ابن كنانة: ليس على من أقام بينة فى أرض أو حيوان أو سلعة يمين إلا أن يدعى الذى ذلك فى يديه أمرا يظن بصاحبه أنه قد فعله، فيحلف ما فعله ويأخذه حقه وهذه قولة ثالثة.

تنبيه: قال بعض المتأخرين: هذا إذا استحقت من يد غير غاصب، وأما إن استحقت من يد غاصب فلا يمين على مستحقها إذا ثبت ملكها له.

مسألة: قال ابن سهل: وإذا شهد لرجل شاهدان على دين لأبيه حلف أنه لا يعلم أن أباه اقتضى من ذلك شيئا، وإن كان شيئا معينا فاستحقه بشاهدين، حلف أنه ما يعلم أن أباه لا وهب ولا خرج من يده بوجه من وجوه الملك، واليمين فى ذلك على من يظن به علم ذلك، ولا يمين على من لا يظن به علم ذلك، ولا على صغير ومن نكل ممن تلزمه اليمين منهم سقط من الدين حصته فقط، قال فى رواية يحيى: بعد يمين الذى عليه الحق؛ من «ابن يونس» من قوله: واليمين فى ذلك.

تنبيه: قال ابن سهل: ولا يكلف الورثة أن يزيدوا فى يمينهم أن الشىء المستحق كان فى ملك مورثهم، لأن البينة قد شهدوا بذلك وقطعوا به، وقد أنكر هذا على بعض القضاة لما فعله، فلا ينبغى للحاكم أن يحكم إلا فيما لابد منه، فينبغى التحفظ فى هذه الزيادة وشبهها.

مسألة: وفى «الطرر» من شهد له شاهدان على خط غريمه بما ادعاه عليه والغريم جاحد فلا يحكم له بمجرد الشهادة على خـطه حتى يحلف معهما، فإذا حلف أنه لحق وما اقتضيت شيئا مما كتب به خطه أعطى حقه.

تنبيه: من أقام بينة على حاضر بدين فـلا يحلف مع بينته على إثبات الحق، ولا على أنه ما قـبضه مـنه حتى يدعى المطلوب أنه دفعـه إليه، أو دفـعه عنه دافع من وكيل أو غيره، فحينئذ يحلف؛ قاله فى «المدونة».

فصل: ومما يحكم فيه باليمين مع الشاهدين، شهـادة السماع قال ابن محرز: لا يقضى لأحد بشهادة السماع إلا بعد يمينه لاحتمال أن يكون أصل السماع من شاهد واحد، والشاهد الواحد لابد معه من اليمين.

فصل: ومن ذلك أيضا إذا جعل الزوج لزوجته، إن غاب عنها أكثر من سنة مثلا فأمرها بيدها، وأشهد على ذلك وغاب فأرادت الأخذ بشرطها عند الأجل، وأثبتت عند الحاكم الزوجية والـغيبة واتصالها والشرط بذلك فـلابد أن تحلف أنها ما تركت ما جعله بيدها وأنه غاب أكثر من المدة التى شرطها، وهذه يمين استبراء، ومن ذلك إذا قامت بينة للغريم المجهول الحال بأنه معدم، فلابد من يمينه أنه ليس له مال ظاهر ولا باطن، وإن وجد مالا ليـؤدين حقه عاجلا، لأن البـينة إنما شهدت على الظاهر ولعله غيّب مالا، ومن ذلك المرأة تـدعى على زوجها الغائب النفقـة، وتقيم البينة بإثبات الزوجية والغـيبة، واتصالها وأنهم ما علموه ترك لها نفـقة، فلابد من يمينها على ما هو مذكور فى الفصل الخامس فى التنبيه على أحكام تتوقف سماع الدعوى بها على إثبات فـصول، وضابط هذا الباب أن كل بينة شهدت بظاهر فـإنه يستظهر بيمين الطالب على باطن الأمر؛ قاله فى «التوضيح» فى «باب التفليس».

فصل: قد تسـقط يمين القضـاء فى بعض الصور، قـال ابن الهندى: إذا أوصى الرجل أن يقضى دينه من ثلثه فلا يمين على صاحب الدين وذلك بمنزلة الوصايا.

فرع: أما لـو أقر له فى مـرضه بدنانيـر أو دراهم أما لا يعـرف بعينه ثـم مات وقامت البينة بالإقرار، فلابد من اليـمين أنه ما قبض ولا وهب ولا استحال، وأنه لباقٍ إلى حين يمينه.

فرع: أما لو أقر له بعرض بعينه ثم مات المقر، وجب للمقر له أخذ ذلك العرض دون يمين وكذلك كل شىء يعرفه الشهود بعينه فينبغى التفطن لهذه الوجوه، انظر «ابن سهل».

فصل: ومما يحكم فيه باليمين مع الشاهدين، الصداق فى ذمة الغائب وفى «المذهب فى ضبط قواعد المذهب» لابن راشد: الصداق دين، والدين لا يؤخذ من مال الغيب إلا بعد يمين القضاء.

فرع: فلو كانت البنت فى ولاية أبيها فمن الذى يحلف؟ قال المتيطى فى كتاب المفقود: إذا قامت المرأة تطلب كالئها وهى فى ولاية أبيها ففيها ثلاثة أقوال: المشهور أنها هى التى تحلف، وقال ابن عتاب وابن العطار وابن القطان: لا يمين عليها فى ذلك ولا على أبيها، وقال غير واحد من الموثقين: إن الأب يحلف دونها وهى عندى أصح، لأنها لو أقرت بقبضه لم يسقط عن الزوج بذلك، ومذهب الشافعى وجوب اليمين.

فصل: يمين القضاء لا نص على وجوبها، لعدم الدعوى على الحالف بما يوجبها، إلا أن أهل العلم رأوا ذلك على سبيل الاستحسان نظرًا للميت والغائب وحياطة عليه وحفظا لماله للشك فى بقاء الدين عليه.

تنبيه: فإذا حلف مرة، وتأخر القضاء لم يصح أن يحلف ثانية بالتوهم المحتمل، ولا يشبه ذلك إذا كان صاحبه حاضرا وادعى عليه أنه قضاه بعد ذلك، أو وهبه إياه لأن اليمين عليه واجبة فى هذا الموضع لقوله عليه الصلاة والسلام: «**البينة على المدعى واليمين على من أنكر**».

تنبيه: قد تكرر يمين القضاء فى بعض الصور، وذلك إذا تأخر القضاء بعد إقامة البينة ويمين القضاء إلى أن قدم الغائب المديان وأقام مدة ثم مات، فإنه يجب أن لا يقضى الطالب حقه حتى يحلف ثانية، لأن الشك ههنا حاصل كما كان أول مرة من «الطرر» لابن عات، ومن ذلك إذا كان على الغائب دين منجم، فأقام الطالب عليه البينة عند حلول النجم الأول، وحلف يمين القضاء فلا تعاد عليه اليمين عند حلول النجم الثانى ولا الثالث، إلا أن يقدم الغائب المديان فى خلال المدة، أو بعد النجم بحيث يمكن أن يكون بعد أن اقتضى النجم الأول اقتضى النجم الثانى، أو وكل من اقتضاه فحينئذ يحلف؛ فتأمل ذلك؛ من «الطرر».

الباب السادس

فى القضاء بتبدئة المدعى عليه باليمين وتأخير يمين المدعى له من صغير حتى يبلغ أو غائب حتى يقدم وحكم المولى عليه فى ذلك

وفى «مختصر الواضحة»، قال ابن حبيب: أخبرنى مطرف عن مالك فى الصغير يشهد له الشاهد على رجل بحق ورثة عن أبيه، أو صار له بوجه أن المشهود عليه إن كان منكرا لذلك، فإنه يحلف أن الذى شهد به الشاهد ليس علىَّ، ثم يترك وسواء كان ذلك مالا أو شيئا بعينه، مثل الدار والعبد أو ماله غلة كل ذلك يسلم إلى الحالف ولا يوقف عليه، وفى «كتاب محمد»: يوقف إذا كان المدعى عليه يخشى فقره، قال مالك: وإذا كبر الصغير حلف مع شاهده، وبطلت يمين الحالف أولاً واستحق حقه وقبضه إن كان بعينه، وإلا فقيمته يومئذ إن كان فائتا.

تنبيه: ويكتب القاضى للصبى بما صح عنده لينفذه له من يقوم عنده من القضاة، إذ لعل الشاهد يموت أو تتغير حاله من العدالة قبل بلوغ الصبى، فإن نكل الصبى عن اليمين إذا بلغ فلا شىء له، واكتفى بيمين المطلوب الأولى على المشهور. وفى «المتيطية»: وروى عن مالك أن الصغير يحلف مع شاهده وهو بعيد شاذ.

فرع: أما لو نكل الغريم أولاً عن اليمين، كان نكوله كإقراره وأخذ منه الحق ودفع إلى ولى الصبى، ولا يكلف الصبى إذا كبر يمينا ولا شيئا.

فرع: فإن شرك الصغير وارث كبير حلف واستحق قدر نصيبه ويحلف المطلوب، فإن نكل عجل حق الطفل إن كان حالا ثم لا يمين له على الصغير بعد كبره كحكم نفذ.

وقال ابن حبيب: ترد عليه اليمين بعد كبره ورشده، فإن حلف قضى له به، وإن نكل رد على المطلوب ما صار إليه منه، فإن كان الغريم يوم بلغ الصبى وحلف على حقه عديما فينظر، فإن كان الغريم يوم أخذ الكبير حقه لا شىء له إلا ما أخذ، رجع الصغير على أخيه بنصف ما كان أخذ بعد يمينه. وفى «كتاب ابن

الموازة» قيل: فكيف يحلف الصغير على ما لا يعلم، قال: لا يحلف حتى يعلم بالخبر الذى يتيقن به، فحينئذ يحلف، قال مالك: ويحلف على البت أن هذا الحق لحق؛ من «رسالة القضاء والأحكام».

فرع: قال ابن القاسم فى الصبى يقوم له شاهد واحد بحق فيستخلف الحاكم المطلوب فيحلف، فلما كبر الصبى، قيل له: احلف مع شاهدك وخذ حقك، فأراد تحليف المطلوب ثانية، فليس له ذلك، وأما المولى عليه إذا قام له شاهد واحد على حقه، قضى له باليمين مع الشاهد، فإن حلف أخذ الحق ودفع للموصى عليه أو وليه، وإن نكل عن اليمين لم يبطل ذلك حقه، ويحلف المدعى عليه ويبقى المولى عليه على حقه حتى يرشد فإن نكل عن اليمين لم يكن له شىء ولم تعد اليمين على المطلوب، وكان ابن القاسم وأصبغ يجعلان المولى عليه كالكبير الرشيد إن حلف مع شاهده استحق حقه، وإن نكل بطل حقه، قال ابن حبيب: وبالأول أقول وهو قول ابن كنانة ومطرف، وإنما قلنا: إن المولى عليه يحلف مع شاهده، إحياءً للسنة الواردة عن رسول الله ﷺ؛ انظر «المتيطية».

فرع: وإذا ادعى المولى عليه حقا على رجل فلم تقم له بينة فوجبت اليمين على المطلوب لرفع الخصومة فردها على المولى عليه، فقال ابن الهندى فى «وثائقه»: لا يحلف المولى عليه، إنما يحلف مع الشاهد العدل من جه إحياءً السنة، ويلزم المدعى عليه إذا رد اليمين على المولى عليه الغرم بنكوله، ويرجئ له اليمين على المحجور حتى يرشد، قال ابن سهل فى أحكامه: وفى هذا عندى نظر والصحيح أن يحلف المولى عليه إذا رد المطلوب عليه اليمين، ويأخذ حقه كما يحلف مع شاهده، ولا وجه لإرجاء اليمين، وقد رضى بها منه بنكوله عنها، ذكرها المتيطى وهى فى «أحكام ابن سهل» أتم.

فرع: وإذا مات رجل وله ورثة كبار وصغار، وترك ذكر حق وليس فيه إلا شاهد واحد، فإن الكبار يحلفون كلهم مع شاهدهم ويستحقون حقهم، وأما الصغار فيقال للغريم: احلف أن الذى شهد به عليك الشاهد باطل وأنه ليس عليك، فإن نكل أخذ منه حق الصبى ودفع إلى وليه، وإن حلف أقر حق الصبى بيده، فإذا بلغ الصبى حلف وأخذ، فإن نكل عن اليمين لم يكن له شىء.

فصل: وأما الغائب يقوم له وكيله فى إثبات حق، ويشهد فى ذلك الحق شاهد واحد، فحكمه حكم الصغير يقوم له شاهد بحق، والواجب فى ذلك أن يحلف المدعى عليه وتؤخر يمين الموكل حتى يقدم، وإن كانت غيبته قريبة كتب إليه، وكذلك لو كان القائم للغائب ولده، فإن مالكا قال: إن له طلب الغريم بغير وكالة، فإذا أقام شاهدا وعجز عن الآخَر، حلف الغريم وترك حتى يقدم الغائب فيحلف مع شاهده، وقد ذكرت هذه المسألة فيمن يسمع الحاكم من بينته، ومن لا يسمع منه البينة.

فصل: وأما المعتوه، فإن المدعى عليه يحلف ويبرأ، وإن نكل غرم، فإن حلف المطلوب ثم بعد ذلك عقل المعتوه، فإنه يحلف ويستحق حقه مع الشاهد، والله سبحانه وتعالى أعلم.

*****

الباب السابع

فى القضاء بشاهد المولى عليه مع يمين وليه

ويحلف الأب مع الشاهد فى حق ابنه إذا كـان هو الذى تولى المعاملة له، وإن نكل الأب غـرم، وإن لم يكن الأب هو المتولى للمـعاملة لابنه، فـفى ذلك ثلاثة أقوال، قـال ابن راشـد: أحدها أن الصـبى يحلف؛ وهو شاذ، وقـال ابن كنانة: يحلف أبوه، وقال ابن المواز: يحلف المطلوب وهو المعروف.

فرع: وفى «المقنع» لابن بطال قـال مالك: ومن زوج ابنته الصـغيـرة من صبى فمات الزوج وطلب أبوها الميراث والمهر، فإن كان لها شاهد حلفت مع الشاهد إذا كبرت، قـال ابن المواز: وذلك ما لم يدع الأب التسـمية مع الشاهد، فـإن ادعاها حلف، وإن لم يحلف ضمن إذا لم يتوثق لها بشاهدين، ولها أن تدع أباها وتحلف مع شاهدها ولها ذلك فى موت الأب وعدمه.

فرع: وفى «المتيطيـة»: إذا اختلف الزوجان فى عدد الطلاق قبل الـبناء من غير موت، ولا طلاق فـالقول قول المرأة مع يمينهـا إن كانت رشيدة، وإلا فـقول من عقد النكاح من أب أو وصى أو ولى، يعنى مع يمينه وهى المبتدئة باليمين أو أبوها على المشهور، وقيل: يبدأ الزوج باليمين وهو مروى عن مالك أيضا.

فرع: إذا زوج الأب ابنه البالغ المالك لأمره وهو حاضر صامت، فلما فرغ قال: لا أرضى وإنما صمت لأنى أعلم أن ذلك لا يلزمنى، فادعى أبو الصبـية أن مخبرا أخبـره: أن الابن أباه بذلك، فعلى الزوج اليـمين فإن نكـل حلف والد الزوجة، وثبت النكاح؛ من «المتيطية» فى إجبار الأب ابنته.

فرع: لو كـان الصبى فـقيـرا لا مال له وإنما ينفق عليـه أبوه، وطلب الأب أن يحلف مع الشاهد على حق لولده، فروى أن له ذلك، وأشار فى «الموازية» إلى أنه لا يمكن من ذلك، ورآه كالمحلف ليملك غير ما يدفع به عن ماله.

فرع: إن لم يكن عرف البلد أن الزوج يدفع الصداق قبل البناء، أو كان عرف البلد أنه لا يدخل إلا بعد الدفع، فادعى بعد البناء أنه دفع بعد البناء فإن كانت المرأة مالكة أمر نفسها حلفت، وإلا حلف الأب أو الوصى وغرم الزوج؛ من «النهاية».

فرع: إذا ادعى الزوج أنه وجد الزوجة ثيبا وأكذبته، فاليمين له عليها إن كانت مالكة أمر نفسها، أو على أبيها إذا كان لها أب ويحلف أنه ما وجدها ثيبا، وما ألفاها إلا بكرًا، ويلزم النكاح، فإن لم تكن فى ولاية أبيها، فاليمين عليها لا على الأب، والله سبحانه وتعالى أعلم.

*****

الباب الثامن

فى القضاء بشاهد العبد ويمين سيده

وفى «مختصر الواضحة»: قال ابن حبيب: قـال لى مطرف وابن الماجشون فى العبد المأذون بقيم شاهدا واحدا على حق فيأبى أن يحلف مع شاهده، فيريد سيده أن يحلف مع الشاهد، ويستحق حق عبده فليس ذلك لـه ما كان العبد قائما، لأن نكوله عن اليمـين كإقراره، وإقـراره جائز، ولكن لو مات العـبد، كان للسـيد أن يحلف مع شاهد عبده ويأخذ المال.

فرع: وفى «مختصـر الواضحة»، قال فضل بن سلمة: إذا أمـر عبده بدفع دين على السيـد إلى رجل فأنكر المدفوع إليـه، وقد قام للعـبد شاهد ونكل العـبد عن اليمين، حلف سيده؛ وفى «ابن يونس»: إن نكل العبد وجب أن يحلف السيد مع الشاهد، لأنه لم يدفع عن نفـسه بشاهد قام له، وفى «الطرر» على الـتهذيب لأبى إبراهيم الأعرج فى الكلام على هذه المسألة، قال ابن وضـاح: قيل لسحنون: فإن نكل العبد أيكون للسيد أن يحلف؟ قال: نعم، لأنا نتهم العبد أن يكون أراد إبطال مال سـيده. وفى «كتـاب الجدال» لابن القـاسم ومالك: لا يحلف السـيد، وفى «التفـسير» ليـحيى عن ابن القاسم: إن نكل العـبد حلف السيـد، فيكون عن ابن القاسم قولان.

*****

الباب التاسع

فى القضاء بشاهد الوكيل ويمين الموكل

وفى «مختصر الواضحة» قال ابن حبيب: قال لى مطرف وابن الماجشون وأصبغ: فى الرجل يوكل الوكيل على دفع دينه عنه إلى رجل وكان وكيلا مفوضا إليه، فدفعه بشاهد واحد، وجحد القابض فأبى الوكيل أن يحلف مع الشاهد، وأراد الموكل أن يحلف مع الشاهد لم يكن ذلك له، ما كان الوكيل مليا لأنه ضامن ذلك للموكل حين فرط، ولم يشهد وصار نكول الوكيل كإقراره أنه لم يدفع ذلك إليه، وإذا كان الوكيل مفلسا فعند ذلك يجوز للذى وكله أن يحلف مع الشاهد، ويبرأ لأنه صار كغريم الغريم، وفى «الطرر» لأبى الأعرج عن ابن القاسم قولان فى يمين الموكل، إذا نكل الوكيل عن اليمين ثم قال: فإن نكل الوكيل وكان عديما، فكالعبد يحلف الموكل ويبرأ، ولكنه ينبغى متى أيسر الوكيل حلفَ الذى عليه الدين ورجع على الوكيل، وإن كان الوكيل مليا ونكل، حلف الذى عليه الدين، وبرئ وغرم الوكيل للذى له الدين.

مسألة: وفى «المقنع» لابن بطال، قال ابن كنانة فيمن أمر رجلا أن يشترى له جارية أو سلعة ففعل، فقام له بذلك شاهد والبائع منكر، فإذا قامت للآمر بينة على أنه أمره أن يشترى له جارية حلف مع شاهد وكيله، وإن لم تقم له بينة فاليمين على الوكيل، والله سبحانه وتعالى أعلم.

*****

الباب العاشر

فى القضاء ببينة الموكل ويمين الوكيل

وفى «مختصر الواضحة»، فى الرجل يكون بمصر وله حق على رجل من أهل إفريقية، فوكل صاحب الحق وكيلا يقتضى من الغريم حقه، فلما أتاه بكتاب القاضى إلى القاضى وثبتت وكالته، ادعى الذى عليه الحق أنه قد دفع إلى صاحب الحق حقه، وسئل أن يؤخر قبض ذلك منه حتى يستحلف صاحب الحق بمصر، فقال ابن عبدوس، قال ابن كنانة: لا أرى ذلك له، ولكن على الوكيل اليمين بالله ما علمت أنه قبض منه شيئا، ثم يقبض منه الحق إلا أن يكون صاحب الحق قريبا على اليومين أو نحو ذلك، فليكتب إليه فيحلف، وكان ابن القاسم يقولا فى مثل هذا إنه لا يحلف الوكيل، ولكن ينتظر حتى يجتمع بصاحب الحق فيحلف، وقال غيره: لا ينبغى للقاضى أن يكتب للطالب الكتاب حتى يحلفه أنه ما اقتضى من ذلك الحق شيئا استقصاء لحجج الغائب، وفى «معين الحكام»: إذا توجه الوكيل لطلب الغريم فى غير بلد الموكل، فادعى الغريم أنه دفع للموكل جميع الدين أو بعضه، فإن كانت غيبته قريبة على مسيرة اليومين ونحوهما، أخر حتى يكتب إليه فيحلف، وإن كانت غيبته بعيدة لم تؤخر، وقضى عليه بالدين؛ قاله محمد بن عبد الحكم: وهو معنى قول ابن القاسم فى سماع عيسى وقول أصبغ، وروى فى «المجموعة» وغيرها عن ابن كنانة وابن القاسم: أن الوكيل يحلف على العلم فى الغيبة البعيدة، وحينئذ يقضى له، قال بعض المتأخرين: يمكن أن يكون إنما حلف الوكيل هنا لأن له أجرة على تقاضى الدين، وفى «المذهب» لابن راشد: وإذا كانت مخاصمة المطلوب مع وكيل الطالب فقال موكلك أبرأنى، فقال ابن كنانة: يحلف الوكيل ما علم ببراءته، ويأخذ المال إلا أن يكون موكله قريبا فيكتب إليه فيحلف.

تنبيه: وهذا حكم الوكيل القائم بالوكالة، وأما لو كان القائم على الغريم هو ابن صاحب الدين، وقلنا: له القيام والطلب بغير وكالة، فأقام شاهدا واحدا وعجز عن آخر لم يحلف مع الشاهد قولا واحدا، وحلف الغريم بالله أنه برئ من هذا الدين، فإن حلف برئ الآن من المعارضة له، وإن نكل عن اليمين أخذ الحق منه معجلا.

الباب الحادى عشر

فى القضاء بشاهد المفلس ويمين الغرماء

وإذا شهد للمفلس بعد فلسه شاهد بحق، ونكل المفلس عن اليمين حلف معه الغرماء وأخذوه، فإن نكل منهم أحد فليس له أن يحاص فيما أخذ من حلف، وقال ابن الماجشون: يكون لمن حلف منهم بقدر نصيبه منه، وقال ابن عبد الحكم: يكون جميع الدين بين من حلف منهم.

مسألة: واختلف إذا أقام المفلس شاهدا أنه قضى بعضهم ونكل عن اليمين مع الشاهد هل يحلف الغرماء مع الشاهد أم لا؟

تنبيه: وفى «مختصر الواضحة»: وإنما يحلف كل واحد منهم على أن الذى شهد به الشاهد حق على جميع الحق، وليس على ما ينوبه منه، ومن نكل فليس له شيء كما تقدم، ومن رجع منهم بعد نكوله فهل يقبل رجوعه ويحلف أو لا يمكن من الحلف؟ قال ابن الماجشون: يمكن، وقال مطرف: لا يمكن أن يحلف، ولا يقال وجه قول ابن الماجشون: أن نكوله ليس بنكول، وليس كنكوله عن حق نفسه، لأنه يقول ظننت أن الغريم سيحلف، ويكفينا عن الحلف أو أردت أن أكشف عن علم ذلك، قال، قال ابن حبيب: وقول ابن الماجشون أحب إلى، وبه أقول.

فرع: وفى «الواضحة»، قال مطرف وابن الماجشون، ومن عليه دين فأقام شاهدا بدين له على رجل ونكل عن اليمين، فليس لغرمائه أن يحلفوا مع الشاهد، ويأخذوا ذلك الدين فى حقوقهم ما كان قائم الوجه ولم يفلس، لأن إقراره جائز فنكوله كإقراره فأما إن أفلس حتى لا يجوز إقراره، فلغرمائه أن يحلفوا إذا نكل ويستحقوا ذلك.

مسألة: وإذا هلك رجل وله دين له عليه شاهد واحد وعليه دين للناس، فللورثة أن يحلفوا مع الشاهد ويستحقون الدين فإذا حلفوا وأخذوا المال، قضى منه الدين وأخذوا الباقى ميراثا، وليس للغرماء إجبارهم عن اليمين، فإن أبى الورثة أن

يحلفوا، فإن الغرماء يحلفون ويأخذون حقوقهم، فإن فَضَلَ فَضْلٌ بعد استيفائهم، لم يكن للورثة أن يحلفوا عليه، ولم يكن لهم شيء منه، لأن الأيمان عرضت عليهم أولاً فتركوها، إلا أن يقولوا لم نكن نعلم أنه يفضل لصاحبنا فضل، ونعلم أن نكولهم من أجل ذلك، فيحلفون ويأخذون ما بقى من دينه، قال مالك: ومن نكل من الغرماء بطل قدر حقه من ذلك الدين ولم يجز عنه يمين غيره من الغرماء، وكذلك من نكل من الورثة فلا شيء له من ذلك الدين ولم تجز يمين غيره من الورثة.

تنبيه: قال فضل، قال سحنون: إنما بدأ الورثة باليمين، لأن الدين لم يكن ثبت على الميت للغرماء، وأما لو كان دين الغرماء ثابتا معروفا، كانوا هم المبدئين باليمين، لأن الحق لهم دون الورثة.

مسألة: قال ابن حبيب. سمعت مطرفًا وابن الماجشون يقولان فى الرجل يقتل خطأ وعليه دين يحيط بماله، فيأبى ورثته أن يقتسموا، أن لأهل دينه أن يقتسموا ويأخذوا ديته فى دينهم، إذا كان دينهم يحيط بديته، وينزلون فى ذلك منزلة الورثة إذا أقسم بعضهم وأبى بعضهم، وقاله أصبغ وابن نافع.

مسألة: ولو مات رجل وعليه ديون للناس فيشهد له شاهد واحد بدفع بعض الديون، فأراد الغرماء أن يحلفوا مع شاهد غريمهم أو كانوا ورثة فليس ذلك لهم، ولا يشبه أن يكون لغريمهم شاهد واحد على دينه، هنالك يحلفون أن حقهم حق، وقد صار ذلك لهم، وهنا لو حلفوا فإنما يحلفون لقد دفع كذا، وهذا من الغيب الذى لا يقبل حلفهم عليه ولا يحل لهم، وهذه المسألة نظيرة مسألة المفلس ونقل المتيطى فى تلك الخلاف.

*****

الباب الثانى عشر

فى القضاء بشاهد ويمين أحد المدعيين

وإذا قام جماعة فى صدقة تصدق بها عليهم، ومنهم الحاضر والغائب والصغير والكبير، فقاموا يطلبون صدقتهم من ورثة الموصى ولم يجدوا عليها إلا شاهدا واحدا، فإنه يحلف رجل منهم ممن حضر مع شاهدهم، ويستحق الصدقة لجميعهم، وليس عليهم أن يحلفوا كلهم كما يحلف الورثة فى ذكر الحق، وليس هذا مثل ذلك؛ قاله فضل فى «مختصر الواضحة» وفى «المتيطية»: إن كانت الصدقة أو الحبس على بنى فلان، فروى ابن الماجشون عن مالك: أنه يحلف الجل معه؛ أى: مع الشاهد وتنفذ لجميعهم، والجل ما زاد على النصف، ثم ذكر ما تقدم عن «مختصر الواضحة».

فرع: وأما إذا أوصى للمساكين أو لأبناء السبيل أو لبنى تميم أو لقريش أو للأنصار، فلا خلاف أنه لا يمين فى ذلك مع الشاهد، وإنما الخلاف إذا أوصى لمن يحصرهم العدد كآل فلان أو مساكين آل فلان، فهى المسألة التى اختلف فيها، هل يحلف الجل أو يكتفى فيها بواحد؟ وفى «معين الحكام»، وقيل: لا يمين فى ذلك مع الشاهد، قال: ويقوم ذلك من كتاب الوصايا الثانى من «المدونة» فى الذى يوصى لأخواله وأولادهم.

فصل: ويلحق بهذا الباب ما ذكره مالك -رحمه الله- فى «رسالة القضاء» قال: ولو أن رجلا أوصى لرجل بثلث ماله، فوجد للميت كتاب يذكر حقا له على رجل لا يشهد عليه إلا شاهد واحد فإنه يحلف الموصى له بالثلث مع الشاهد، ويأخذ ثلث ذلك الدين لأن الموصى له بمنزلة الوارث فى ذلك، والله سبحانه وتعالى أعلم.

*****

الباب الثالث عشر

فى القضاء ببينة المدعى بعد فصل القضاء بيمين المدعى عليه

إذا ادعى رجل قبل رجل مـالاً ودعا إلى يمين المطلـوب فحلف له ثم زعم أنه وجد بينـة تشهد له بما ادعـاه، ولم يكن يعلم بها فـإنه يحلف أنه ما علـم بها فى حين استحلافه، ثم يسمع الحاكم من بينته، وقد جاء عن عمر بن الخطاب -رضى الله تعالى عنه- البينة العادلة أحق من اليمين الفاجرة.

تنبيه: وإذا حلف أنه ما علم ببينته فلا فرق بين أن تكون يوم حلف المدعى عليه حاضرة أو غائبة.

فرع: أما إن استحلفه مع عـلمه ببينته تاركا لها، إما تصريحـا أو معرضا عنها، وهى حاضرة أو غائبة فلا حق له.

فرع: وفى «الثمـانية» لأبى زيد، قال مطـرف وابن الماجشون: ومن اسـتحلف رجلا فى حقه، وهو عالم ببينته وهى حاضـرة معه فحلف له، لم يضره استحلافه إياه، وله القيام بها ويقضى بهـا، لأن من حجته أن يقول ظننت أنه لا يحلف ولا يتجرأ على اليمـين، وأنه يقر له حينئذ، وقال ابن الماجشـون: أراه آثما حين ألجأه إلى اليمين، وله بينة حاضرة.

تنبيه: قال المازرى قال جـماعة من أصحاب مـالك -رحمه الله: إن المدعى إذا استحلف المدعى عليه على دعواه، ثم وجد المدعى شاهدا واحدا فلا يحلف معه، لأن المدعى عليه قد برئ من الدعـوى بيمينه، فلا يكتفـى بشاهد ويمين فى إبطال المدعى عليه، ولا يثبت حقه إلا بشاهدين، وقيل: يحلف معه.

فرع: قال سحنون: القول قول صاحب الحق أنه لم يعلم ببينته مع يمينه، وهذا إذا ادعى المدعى عليه أنه كان عـالما ببينته وجحد الآخر، وروى أشـهب وابن عبد الحكم عن مالك: أن له القيام وإن علم ببينته.

تنبيه: قال فى «المتـيطية»: ومن الحـزم للمدعى عليه إذا طلب المـدعى يمينه أن

يلزم المدعى أنه قد أسقط بينته ما علم منها وما لم يعلم، فإن عقد على نفسه مثل هذا لم يكن له أن يقوم عليه بعد يمينه بالبينة.

فرع: فإذا ادعى أن بينته غائبة، وأراد أن يستحلف المدعى عليه، وأن يكون على بينته إذا قدمت، فإن زعم أن البينة بموضع قريب، وأن يقيمها فى اليومين والثلاثة أخرت اليمين، فإن أحضر البينة وإلا كان عليه أن يحلف له على ترك البينة وإسقاطها، وإن زعم أن بينته بموضع بعيد حلف المدعى عليه، وكان على بينته يقيمها إذا حضرت.

تنبيه: وفى «المتيطية»: وإنما يكون للمدعى أن يحلفه، إذا ادعى أن بينته بموضع بعيد، بعد أن يحلف أن بينته بموضع بعيد ويسمى البينة، وقال ابن الهندى فى «وثائقه»: قال وقد كان أبو إبراهيم إسحاق بن إبراهيم التجيبى، لا يحلف المدعى، وإنما يقول له سمِّ بينتك، وأشهد أنك لا بينة لك غيرها، فإذا فعل لم يكن عليه أكثر من هذا، ويحلف المدعى عليه ويبقى المدعى على إقامة من سماه، فإن كانوا عدولا وشهدوا، ولم يكن للمدعى عليه فيهم مدفع حكم له بهم، وإلا لم يكن للمدعى شىء، قال: وحضرته يفتى بهذا مرارا.

مسألة: وفى «مختصر الواضحة»: ولو كان المدعى لا شاهد له وطلب يمين المدعى عليه فنكل عن اليمين، فرجعت اليمين على المدعى فحلف وأخذ ثم إن المدعئ عليه وجد البينة على براءته من ذلك الحق فإنه يبرأ ويرجع إلى ما أخذ منه فيأخذه.

فرع: ولو كان المدعى حين رجعت اليمين عليه نكل عنها، فلم يعط شيئا لنكوله، ثم وجد البينة على أن دعواه حق، فإنه يأخذ ببينته ولا يمنعه من ذلك نكوله عن اليمين حين ردت عليه.

فرع: وفى «الطرر» لأبى إبراهيم: ولو أن لرجل على رجل مالاً فأنكره، ولصاحب الحق بينة قد علم بها فصالحه ببعض الحق، ثم حضرت البينة فليس له أن يرجع عليه بشىء.

فرع: ولو صالح الطالب المطلوب على شىء لبعد غيبة البينة فلا قيام له بالبينة إذا قدمت، لأنه قد رضى بما قد أخذ.

تنبيه: قال فى «التهذيب»: إن الغيبة القريبة مثل اليومين والثلاثة، وقال مثل ذلك فيمن ادعى عبدا بين رجل وذكر أن له بينة قريبة مثل اليومين والثلاثة، وسأل وضع قيمة العبد ليذهب به إلى بينته لم يكن له ذلك، وإن أتى بشاهد أو بسماع وادعى شهودا حضورا، وسأل إيقاف العبد أوقف العبد له نحو الخمسة الأيام والجمعة، وقال أبو إبراهيم الأعرج: فانظر هل هذا وفاق أو خلاف؟ انتهى، والله سبحانه وتعالى أعلم.

فرع: وفى «المتيطية»: عن مالك -رحمه الله- فيمن قضى رجلا دينارا كان له عليه، وأشهد على ذلك شاهدين، ثم جاء يتقاضاه الدينار فقال: قد قضيتك وأشهدت عليك فلانا وفلانا، فقال ما قبضته، فقال تحلف وأعطيك فحلف، فأراد أن يأتى عليه بالشاهدين أترى له ذلك؟ فقال مالك: أرى ذلك فليأت بهما.

*****

الباب الرابع عشر

فى القضاء بقول رجل بانفراده وما يجرى مجرى ذلك

قال ابن رشـد فى «المقدمـات»: ويكفى الشاهد الواحد فـيما يـبتدأ الحكم فـيه بالسؤال، وفيما كان علما يؤديه.

فرع: قال ابن حـبيب، قال ابن الماجـشون: وما اختـصم فيه من العـيوب التى تكون فى العبد المبيع، وعيوب الإمـاء التى لا يطلع عليها إلا النساء، فكانا قائمين غيـر فائتـين، فللحاكم الذى يتـولى الكشف عن ذلك بأن يرسل بالعـبد إلى من يرتضيـه، أو يثق ببصره ومعـرفته بذلك العـيب وغوره، مثل: الشغـاف والطحال والبرص المشكوك فيه وأمثال ذلك كثيرة، فيـأخذ فيه بالمخبر الواحد ويقول الطبيب الذى ليس على الإسـلام، لأنه ليس على جـهـة الشهـادة، وإنما هو علم يأخـذه الحاكم عمن يبصره ويعرفه، مرضيا كان أو مسخوطا واحدا كان أو اثنين.

فرع: إذا كان فائتـا بغيبة أو مـوت، كانت الشهادة على سـنتها تحيا بمـا تحيا به الشهادات، وتضعف بما يضعفها.

مسألة: وفى «الوثائق المجمـوعة»: وروى فى الرجل يشهد لابنه بحق، فـيدفع المشهود عليه المال إلى الإبن شهادة الأب بغير حكم من سلطان، وفى الرجل يقوم له شاهد واحد على حـقه، فيدفع المشهود عليـه الحق إلى المشهود له، وفى الرجل يطلق امرأته، فتدعى حملا وهو غـير ظاهر، فينفق عليها ثم ينفش الحمل أن ذلك كله أصل واحد، لا رجوع لواحد منهم فى شىء مما دفـعوه، وليس ينفعهم قولهم ظنًا أن ذلك يلزمنا، وقد أمضى الحق لمن أخذه ولو شـاءوا تثبتوا قبل الدفع، وهذه الشهادة وإن لم تكن رفـعت إلى الحاكم ابتداء، فإنه يمـضى ما ترتب عليه إذا وقع التحاكم عنده؛ انظرها فى «الوثائق المجموعة» فى رسم تقييد عداوة لتكون عنده.

مسألة: وفى «التهذيب»، فيمن أودعته وديعة فاستهلكها ابنه الصغير، فذلك فى مال الابن، وفى «طرر التهـذيب» لأبى الحسن الطنجى، عما قـيده عن أبى الحسن الصغيـر، قال: وظاهر هذا سواء ثبت استـهلاكه ببينة أو بشـهادة الأب، ويصدق

الأب وهى شهادة وليس هذا إقرارا، إنما يكون الإقرار فيما ولى من المعاملات عليه والوصى.

مسألة: قال ابن حبيب: ومن ذلك شهادة القايس للجراح، إذا كان الحاكم يأمره أن ينظر الشجة والجراح ما هى وما غورها وما اسـمها وقياسها، كالذى ذكرناه من أمر الطبيب وما أشبهه، فيقبل فى ذلك وحده وأحب إلى أن ينصب لهذا من أمور الناس عدلا، وإن لم ينصب لذلك أحدا بعـينه، اكتفى بأن يرسل المجروح إلى من ارتضاه ووثق برأيـه وبصره، وإن لم يجد إلا طبـيبـا مثل العيـوب لأنه ليس على الشهادة.

تنبيه: وإن لم يكن السلطان فى أول ذلك أمر بقياسه، وإنما جاء هذا يطلب عقل مـا قد مـضى وبرئ وصح، لم يكن بد من أن يدعـوه بشاهدين عـدلين على أن يجلبه ما كان حينئذ.

مسألة: الموجه من قبل القاضى للحيازة يجـزى فيه واحد عدل. وكذلك الموجه من قبله للإعذار ويجزى فيه الواحد العدل؛ من «الطرر».

مسألة: وفى بقر بطن الميت عـلى المال، قال ابن راشد فى «المذهب»: إنما يبـقر عن المال إذا ثبت بعـدلين، فإن شهـد به عدل، فأجـراه أبو عمـران الفاسى على الخلاف فى القصاص فى الجراح بالشاهد الواحد.

مسألة: إذا ادعى على إنسان أنه تخلف فى الجهـاد عن الجيش، وأراد منعه من الغنيمة، ولم تقم بينة على ذلك وإنما شهد عليه الأمير بنفسه، ففى العمل بشهادته عليه قولان بناء على الخلاف فى الحاكم، هل يحكم بعلمه أولا؛ من «المذهب».

مسألة: إذا دخل الزوج بزوجته قبل الإشهاد فسخ بطلقة بائنة، وقال ابن حبيب: يحدان إن ثبت الوطء مـا لم يكن فاشـيا؛ ابن الماجشـون: والشاهد الواحد لهـما بالنكاح أو بابتنائهما باسم النكاح، وذكره كالأمر الفـاشى يعنى فيسقط عنهما الحد بشهادته.

مسـألة: وفى «مختـصـر الواضحة» فى الرجـل يحلف لغريمه بـطلاق امرأته، ليقضـينه عند الهلال فيقـضيه قبل الهلال، فـتقوم امرأته تريد فـراقه وتدعى عدم

القضاء فيقوم للحالف شاهد مع الغريم فيشهدان أنه قضاه قبل الهلال، فشهادتهما جائزة، ولو لم يشهد إلا الغريم وحده، فقال مطرف وابن الماجشون: لا يخرجه عن الحنث شاهد واحد، وقال ابن عبد الحكم: أرى ذلك مخرجا له من الحنث إن كان مأمونا.

مسألة: وكذا القاسم إذا أرسله الحاكم لقسم شيء بين أهله، ووثق به ونصبه له، فجائز للحاكم قبول ذلك منه وحده والإشهاد عليه لأهله إذا رآه صوابا، لأنه ليس على جهة الشهادة.

مسألة: والمحلف أيضا من هذا الباب إذا أمره الحاكم بإحلاف أحد، فقوله فى ذلك مقبول إذا أنكر الطالب ذلك.

مسألة: وكذلك شهادة كاتب القاضى وحده، على ما كتب بأمره من هذا الباب، ولو شهد كاتب القاضى على كتابة شهادة رجل قد مات أو غاب، والقاضى لا يحفظ أنه أمره بإيقاعها، ولا أنه شهد بها عنده، لم يكتف فى هذا بالكتاب وحده وكان بمقام شاهد واحد، وإن لم يقل له الشاهد أشهد على شهادتى، لأنه لا يخلص شهادته ولا تتم لمن جاء بها إلا بإيقاعها، فلا يعدو أن يكون شاهدا على شاهد، فإن كان معه آخر على شهادة شاهد حيى وإلا لم يحيى، قال فضل: معناه عندى على أن الكتاب لم يكن فى ديوان القاضى، وقد قال مطرف وابن الماجشون: لا ينبغى للقاضى أن يجيز شهادات وجدها فى ديوانه لا يعرفها إلا بطوابعها إلا أن يكون بخط يده أو خط كاتبه، وكان عنده مأمونا فلينفذها.

مسألة: ويكفى عند أشهب فى ثبوت الخلطة شهادة رجل واحد.

مسألة: وكذلك اللوث يكفى فيه الشاهد العدل، وعند أشهب يكفى فيه الشاهد غير العدل، وهى رواية عن مالك؛ من «المقدمات».

مسألة: وكذلك الاكتفاء بقول واحد فى تزكية السر على الخلاف فى المسألة، قال ابن راشد: لأن ذلك فى الحقيقة إخبار، والخبر يكتفى فيه بالواحد وهو مشكل لأن ذلك يئول إلى الحكم، والحكم لا يكون إلا باثنين.

مسألة: وكذلك العمل بقول الكاشف الذى ينبغى للحاكم أن يتخذه يخبره بما تقول الناس فى أحكامه وسيرته، وغير ذلك من أحوال الناس.

مسألة: إذا تنازع المتبايعان فى العيب الخفى أو فى قدم العيب، وكان العيب لا يعرفه إلا أهل العلم به، كالأمراض التى تحدث بالناس فلا يقبل فيه إلا أهل العلم به، فإن وجدوا وإلا قبل غيرهم، وإن كانوا غير مسلمين. قال فى «المتيطية»: والواحد منهم أو من المسلمين كاف، والاثنين أولى إذ طريق ذلك الخبر لا الشهادة، وهذا هو المشهور المعمول به. وقال محمد: لا يرد من العيوب إلا ما اجتمع فيه عدلان من أهل البصر والمعرفة. وقال ابن الماجشون: إن كان العبد المعيب حيا حاضرا، فيجوز فيه قول واحد من أهل المعرفة، وإن كان ميتا أو غائبا فلا يثبت إلا باثنين عدلين، وقد تقدم هذا، وهذا أبين.

تنبيه: قال ابن راشد، قال بعض أهل العلم: وهذا كله إن كان القاضى أرسلهم ليقفوا عليه، وأما إن كان المبتاع أوقف عليه من ذات نفسه، فلا يثبت باتفاق من أصحاب مالك، إلا بعدلين من أهل المعرفة.

مسألة: وكذا إذا شهد شاهد بما دون القذف من الشتم، فقال مالك: لا يحلف معه لكن يعزر إن كان من أهل السفه، فأثبت التعزير بشاهد واحد من قرينة السفه، وقال ابن حبيب: يحلف المشتوم معه، ورواه عن مالك أيضا، وقال أبو مصعب: يحبس الشاتم حتى يحلف أو يقر، وقد تقدم فى «الباب الثانى» فى «القضاء بشاهدين»، أن الشاهد الواحد تحدث بشهادته أحكام ذكرنا هناك بعضها، وهى كثيرة جدا لمن تتبعها.

فرع: قال القاضى عياض فى «الشفاء»: أما شهادة الواحد واللفيف من الناس، أن رجلا سب النبى ﷺ فيدرأ عنه القتل ويجتهد فى أدبه بقدر شهرة حاله، وقوة الشهادة عليه وضعفها وكثرة السماع عنها.

فرع: وفى «المتيطية»: وإذا شهد شاهد واحد على قتل الغيلة، ولم يجد المشهود عليه مدفعا فى الشاهد، فالذى أجاب به الفقهاء وشيوخ المذهب المتأخرون: بأن فى المسألة اختلافا، والذى نأخذ به ونختاره، أنه لا يقتل مع الشاهد الواحد، ولكن إن أخذت بما قلناه فإنه يضرب مائة ويسجن عاما من تاريخ الضرب، وترجأ

الحجة للدم، وكذلك الأمة تدعى العتق فينكر سيدها فتقيم شاهدا عدلا بذلك، فإنه يجب على السيد اليمين، وكذلك ما روى فى الرجل: يدعى عليه أنه باع أصلا، أنه لا تجب عليه اليمين إلا بشاهد، وكذلك المرأة تدعى أن زوجها طلقها، فلا تتوجه لها عليها يمين إلا بشاهد عدل، وكذلك المال يوقف لمدَّعيه بالشاهد الواحد وتتبع ذلك يطول.

مسألة: قال ابن دينار: إذا تنازع رجلان فى شىء، كان واحد يظنه لنفسه من غير يقين كالشىء يكون من قبل الأب أو الجد، فيسألان الرجل يفزعان إليه فى علمه فيشهد أنه لأحدهما فذلك جائز ويلزمهما، ولا تشبه هذه مسألة الرجلين يتداعيان الشىء، فيقول أحدهما: قد رضيتَ بشهادة فلانٌ بينى وبينك، فيشهد الرجل على أحدهما، فيقول المشهود عليه: ظننت أنك تقول الحق الذى تعلم أنه الحق، فأما إذا شهدت على غير الحق فلا أرضى بذلك، فذلك له والشهادة غير جائزة عليه، لأن المسألة الأولى ليس مع أحدهما يقين فى دعوى الملك، وقد رضيا بعلم الرجل وشهادته، وفى هذه المسألة المشهود عليه يدعى تحقيق ملكه للشىء المشهود عليه فيه فافترقا، ووافق ابن دينار على قول سحنون وابن كنانة، وخالفهم ابن القاسم فى ذلك، وقال: لا تنفذ شهادته، وروى عن ابن نافع أن للمشهود عليه الرجوع، ما لم يحكم الحاكم بذلك، فإذا حكم فلا رجوع له، وقال مطرف فى «الواضحة»: للذى رضى الرجوع ما لم يشهد الشاهد، فإذا شهد فلا رجوع له، وإن لم يكن عدلا، لأنه كالإقرار منه بما قال، إلا أن يكون ذلك منه على وجه التشكيك، مثل أن يقول أحدهم فلان يعرف هذا ويشهد به، فيقول الآخر اشهدوا إن قاله فلان فقد رضيت، ثم يرجعه فيقول ما ظننته أن يقول هذا، فيكون ذلك له، وليس هذا مثل نفورهما إليه لأجل علمه بالمشهود فيه، فذلك يلزمه.

مسألة: ومن ذلك إذا قال الإمام فى الجهاد: من قتل قتيلا فله سلبه، إذا كانت له بذلك بينة، فإذا شهد له شاهد واحد فإنه يكتفى به، قال أبو الوليد الباجى: وعندى أنه يجزئ فى قبول ذلك الشاهد الواحد، لأن النبى ﷺ دفع السلب إلى أبى قتادة بشهادة رجل واحد ولم يحلفه، وحمله بعضهم على أنه من باب الخبر لا من باب الشهادة.

تنبيه: قال ابن راشد: ولا يجوز على هذا القول أن يحلف مع شاهده، لأن الشهادة لم تتناول المال، وإنما تتناول القتل، وهو حكم فى البدن لا يثبت بالشاهد واليمين الواحد.

مسألة: ومن ذلك قال ابن القصار: وعند مالك -رحمه الله- يقبل قول التاجر فى قيم المتلفات، إلا أن يتعلق بالقيمة حد من حدود الله تعالى فلا بد من اثنين.

وروى عن مالك أنه لابد من اثنين مثال القيمة التى يتعلق بها حد، كتقويم العرض المسروق، هل بلغت قيمته إلى النصاب أم لا؟ فههنا لابد من اثنين، ومنشأ الخلاف حصول ثلاثة أشباه، شبه الشهادة لأنه إلزام لمعين وهو ظاهر، وشبه الرواية لأن المقوم متصد لجميع الناس، وهو ضعيف لأن الشاهد كذلك، وشبه الحاكم لأن حكمه ينفذ فى القيمة والحاكم ينفذه، فإن تعلق بإخباره حد تعين مراعاة الشهادة.

مسألة: وكذلك يقبل قول القائف العدل عند مالك وابن القاسم وروى عن مالك وابن القاسم أيضا: أنه لابد من اثنين، قال سحنون: لابد من اثنين لأنه يلحق به نسب، ويكتب به إلى البلدان وينتظر أبدا حتى يضم إليه آخر، قال الباجى: وعلى القول الأول فيقبل فيه قول العبد والمرأة، قال: وهو الأظهر، والقول الثانى مبنى على أنه شهادة، وسبب الخلاف هل هو من باب الشهادة أو الرواية؟ والأظهر أنه ليس منها، بل هو من باب الحكم بالأمارات، وبهذا قال بعض الحنابلة.

مسألة: وكذلك يقبل قول القوم لأرش الجناية.

مسألة: يقبل قول الخارص الواحد فيما يخرصه عند مالك -رحمه الله.

فصل: ذكر الشيخ أبو بكر الطرطوشى فى مقدمة كتابه «تعليقة الخلاف ى المسائل التى يقبل فيها قول الواحد» وتبعه القرافى فى «القواعد»، وزاد عليه مسائل ذكرتها استطرادا وإن كان بعضها لا مدخل للحكم فيه.

مسألة: يقبل قول الراوى فيما يروى.

مسألة: وكذلك يقبل عند مالك قول الطبيب فيما يدعيه، وقد تقدم قول الطبيب فى قياس الجراح وتسميتها.

مسألة: يقبل قول الملاح فى القبلة إذا خفيت أدلتـها، وكان عدلا دريا فى السير فى البحر، وكذلك كل من كانت صناعته فى الصحراء وهو عدل.

مسألة: وكذلك يجوز عند مالك تقليد الأنثى والصبى والكافر والعبد والواحد فى الهدية أو الاستئذان.

مسألة: وكذلك يقلد القصاب فى الذكاة، ذكرا كان أو أنثى، مسلما أو كتابيا، ومن مثله يذبح ويقبل قوله إنه ذكى وليس عليه استعلامه، وليس هو من باب الشهادة ولا الرواية، بل من باب القاعدة الشرعية، أن كل واحد مؤتمن على ما يدعى أنه ملكه أو مباح له فيقبل قوله، وإن كان أفسق الناس؛ من «القواعد» ومن «تعليقة الخلاف» للطرطوشى.

مسألة: يقبل قول العامى فى ترجمة الفتوى، باللسان العربى أو العجمى، وفى قراءتها أيضا.

فرع: قال الشيخ أبو بكر الطرطوشى: يقلد الواحد فى رؤية الهلال إن أراد به علم التاريخ، لأنه خبر ويجب أن يقبل من المرأة والعبد، فإن تعلق به فرض مثل صوم رمضان أو الفطر منه، فلابد من اثنين عدلين لأنه من باب الشهادة إذا أخبر رجل رجلا أن هذا الثوب وقع فيه بول، لم يقبل منه حتى يخبر بتعيين البول، لجواز أن يكون بول حيوان طاهر.

فرع: وكذلك لو قال: أصابته نجاسة لم يقبل منه، حتى يخبر بتعيين النجاسة والتعليل فيه ما تقدم فى الفرع قبل هذا.

فرع: فلو كان المخبر أعمى قبل خبره، كما يقبل خبر البصير، لاحتمال أن يكون علم ذلك قطعا، أو أخبره به بصير.

فرع: إذا أخبر أعمى أعمى أن هذا الماء وقع فيه بول وتغير قبل خبره، لاحتمال أن يعلم ذلك قطعا بإخبار بصير له بذلك، ولو قال له: هذا الماء نجس، لم يقبل منه حتى يبين بأى شىء تنجس، لجواز أن يعتقد أن سؤر الكلب، أو أسآر السباع أو أبوال الحيوان المأكول نجسة، ولا يتصور ذلك إذا كان المخبر مبصرا، لأن الماء عنده لا ينجس بحلول النجاسة فيه إلا أن يتغير.

فرع: إذا أخبرك رجل أن هذا الثوب أصابه بول دون هذا الثوب، وقال لك رجل آخر: بل أصابت النجاسة هذا الثوب الآخر دون الأول لم يصل فيهما، لأن صدق الجميع ممكن.

فرع: إذا وجب على أهل القافلة طلب الماء، فأرسلوا واحدا منهم إلى صوب الطلب، فرجع وقال: لم أجد شيئا، قبل خبره وجاز لهم التيمم.

فرع: إذا حكم الحاكم برؤية الهلال بشهادة عدلين، وأمر بالصيام فقال أحمد بن ميسر من أصحابنا، إذا نقله إليه عدل أو نقله واحد إلى أهل بلد آخر لزمهم الصوم، ويكون من باب قبول خبر العدل، قال الشيخ أبو محمد بن أبى زيد: كما أن الرجل ينقل إلى أهله وابنته البكر مثل ذلك، فيلزمهم تبييت الصيام بقوله، فيكون أصل ثبوته طريقة الشهادة لعذر رؤية الجميع له.

فرع: أما لو كان بموضع ليس فيه من يتفقد أمر الناس فى المصالح العامة، فقال ابن الماجشون: ينبغى أن يراعى ذلك ويتفقد، فمن ثبت ذلك عنده برؤية نفسه أو برؤية من يثق به، صام لذلك وأفطر، ويحمل على ذلك من يقتدى به، لأنه لما تعذر ثبوته عند الحاكم عاد إلى أصله فى ثبوته بالخبر.

فرع: إذا ثبت الهلال بالشهادة أو بالرؤية المستفيضة، فنقله ناقل إلى بلد آخر أو إلى أهله، هل يجوز فى ذلك الناقل أن يكون عبدا أو امرأة؟ فهذا أيضا فى مسألة الترجمة، وذلك أن ابن الماجشون ومطرفا يقولان: إنه يجزىء مترجم واحد، والاثنان أحب إلينا، وتجزىء فيه المرأة الواحدة إذا كان مما يقبل فيه شهادة النساء، ومنع سحنون من ترجمة النساء والرجل الواحد، وسيأتى ذكر ذلك بأبسط من هذا -إن شاءالله تعالى- قال الباجى: إذا كان عند مطرف وابن الماجشون من باب الخبر، فيجب أن يقبل فيه قول المرأة فى كل شىء، ويجب أيضا أن يقبل فيه قول العبد، قال أبو بكر الطرطوشى: والدليل على قول الباجى وتخريجه، أنه يقبل من المرأة الخبر والفتيا.

فرع: قال ابن شعبان فى «كتاب الوكالات»: يجوز قبول المعرف بالمرأة المشهود عليها، وإن لم يكن عدلا.

فرع: قال القاضى أبوالحسن بن القصار: يجوز تقليد القاسم إذا قسم شيئا بين اثنين على ما رواه ابن نافع عن مالك، كما يقلد القوم لأرش الجنايات لمعرفته بذلك، وقال الأبهرى: يجب أن يكونا اثنين ثم رجع عن ذلك، وروى ابن القاسم عن مالك: لا يقبل قول القاسم فيما قسم، وإن كان معه غيره، لأنه يشهد على فعل نفسه إلا أن يكون الحاكم أرسلهما فتقبل شهادتهما، وقد تقدم بعض هذا، وهذا أتم فائدة، ويوضح حكم القاسم بنفسه بغير إرسال حاكم والفرع السابق هو القاسم الذى نصبه الحاكم، قال القرافى: ومنشأ الخلاف هل هو من باب الحكم أو من باب الرواية أو الشهادة؟ والأظهر شبه الحكم، لأن الحاكم استنابه فى ذلك، وهو المشهور عندنا وعند الشافعية أيضا.

فرع: قال أصحابنا: يجوز تقليد المفتى الواحد، إذا كان عدلا بالغا سواء كان حرا أو عبدا أو امرأة، ويجوز أن تقلد رسولك إليه إذا كان ثقة، وكذلك إذا كتب المفتى خطه فى رقعة للمستفتى، جاز العمل بالخط إن كان الرسول ثقة، فإن عرف المستفتى خطه وكان الرسول غير ثقة ففيه نظر، ووجه هذا ما جرت العادة به فى سائر الأعصار مع ضرورة الناس إلى ذلك، وكانت الخواتم تجوز على كتب القضاة، حتى أحدثت الشهادة على كتاب القاضى لأجل حدوث التهمة على خاتم القاضى، وأول من أحدث الشهادة على ذلك هرون الرشيد، وقيل: أبوه المهدى؛ قاله ابن شعبان فى «الزاهى».

فرع: قال القاضى أبو الحسن: إذا كان الكتاب مترجما باسم صاحبه على ما جرت به رسوم المسلمين. مثل: «موطأ مالك»، و«مدونة سحنون» و«كتاب الثورى»، و«مختصر المزنى» ونحو ذلك، فهل يجوز أن تقول فى شىء تجده فيه قال فلان؟ قال: فإن كان من الكتب التى قد انتشر ذكرها مثل: موطأ مالك، وجامع سفيان وأمثالهما، جاز أن يعزى ذلك إلى المترجم عنه، إذا كان الكتاب صحيحا مقروءا على العلماء معارضا بكتبهم، فأما إن كان من الكتب التى لم تنتشر، لم يجز ذلك حتى يرويه عن الثقات موصولا إلى المترجم عنه.

فرع: إذا أخبره بعدد ما صلى عدل فهل يكتفى به أم لابد من اثنين؟ خلاف.

فرع: والمؤذن يكفى إخباره بدخـول الوقت، إذا كان بالغا عاقـلا عالما بالأوقات مسلما ذكرا، ويعتمد على قوله.

فرع: يجوز الحكم بقول الترجمان، قال مالك: وإذا اختصم إلى القاضى من لا يتكلم بالعربية ولا يفهم عنه، فليترجم عنه رجل ثقـة مسلم مأمون فيخبره، واثنان أحب إلينا، ولا تقبل ترجـمة كافر أو عبـد أو مسخوط، وفى قبـول ترجمة المرأة العدل قولان مبنيان على أن ذلك هل هو من باب الشـهادة أو من باب الخبر؟ قال مطرف وابن الماجـشون: وذلك إذا لم يجـد من الرجـال من يترجم له، وكـان مما تقبل فيه شهادة النساء، وقد تقدم فى ترجمة الفتوى والخطوط بعض هذا، قال ابن رشد فى قـولهم: لا يقبل فى ذلك أهل الكفر ولا العـبيد ولا المسخـوطون، قال بعض الشيوخ: يريد مع وجـود عدل ولو اضطر إلى ترجمة أحـدهم عمل بقوله، كالحكم بقول الطبيب النصرانى فيما يضطر إليه فيه.

فرع: لا تقبل ترجـمة من لا تجوز شـهادته على الذى يترجم عـنه، لما يتهم به عليه، لأن القاضى إذا لم يعلم ما يتكلم به الخصم فكأنه لم يسمعه.

فرع: وفى «أحكام ابن بطال» عن سـحنون: لا بأس أن تقـبل ترجمـة رجلين عدلين ممن يعلم ذلك اللـسان مراد غيـره إذا كانا ممن تكلما بهـا وأحكماها وسكنا بين أهلها، حتى عـرفا تصاريف كلامهم ومـعانيه، ولم يخف عليهمـا ولم يخافا على أنفسهما الغلط فى ذلك، فيـقلدهما الحاكم فى ذلك إذا كانا على الصفة التى ذكرنا.

فرع: ويكتفى القاضى بقول أمينه فى التـزكية، ويعول على قوله فى تعديل من شهـد عنده، ويشترط أن يكون أمـينا ثقة عالما بوجـه الجرح والتعديل، وقـد تقدم هذا.

*****

الباب الخامس عشر

فى القضاء بقول امرأتين بانفرادهما

وذلك فيما لا يطلع عليه إلا النساء، كالولادة والبكارة والثيوبة والحيض، والحمل والسقط والاستهلال والرضاع، وإرخاء الستور وعيوب الحرائر والإماء وفى كل ما تحت ثيابهن، ووجه ذلك أنه لما كانت هذه الأمور مما لا يحضرها الرجال ولا يطلعون عليها، أقيم فيها النساء مقام الرجال للضرورة.

مسألة: وفى «التنبيه» لابن المناصف: والشهادة فى الولد على ثلاث أوجه: على نفس الولادة، وعلى الاستهلال، وعلى أنه ذكر، فأما شهادتهن على الولادة فجائزة مع حضور الولد يشهدان أن هذه ولدته فيحكم بذلك، واختلف إذا لم يكن الولد موجودا، فأجازها ابن القاسم لأنه مما تجوز لهن الشهادة فيه، ومنعه سحنون لأن جواز شهادتهن للضرورة، وذلك فى نفس الولادة، وأما وجود المولود فيطلع عليه من غيرهن فلم يقبل فى ذلك، وفرق اللخمى بين أن تكون شهادتهن بقرب الولادة فلا تجوز إذا عدم الولد، لأنه لا يقدر على إظهاره حينئذ، ولو كان مقبورا، وبين أن تكون الشهادة بعد طول الأمد، وقد احتيج إلى إقامتها الآن لأجل قدوم من أنكر الولادة، أو جحود شهادتهن على الاستهلال، فشهادتهن حينئذ جائزة للضرورة.

فرع: ولو ولدته ثم ماتت هى والولد، فشهدت امرأتان أن الأم ماتت قبله، فروى عيسى عن ابن القاسم: أن الأب يحلف أو ورثته على ذلك ويستحقون ما يرث عن أمه لأنه مال. وأما شهادتهن على الاستهلال فجائزة أيضا، إذا كان البدن موجودا كما تقدم، إلا أن يعرف أن مثل ذلك لا يستهل لأنه لم يتم خلقه، واختلف فى شهادتهن على الاستهلال مع غيبة الجسد، فأجازها ابن القاسم ومنعها سحنون كما تقدم، إلا أن يكون الاتفاق من الخصمين على الولادة، وإنما اختلفا فى الاستهلال فشهادتهن أيضا جائزة، وإن عدم البدن لأن اتفاق الخصمين على وجوده مغنٍ عن حضوره.

فرع: وإذا شهدتا بأن فلانة زوجة فلان ولدت ولدا واستهل صارخا، فإن أمكنهم إخراجه للرجال حتى يسمعوا استهلاله فلم يخرجوه حتى مات، فيختلف فى قبول شهادتهما، وإن تعذر ذلك بأن مات إثر سماعهما لاستهلاله، فلا يختلف فى قبول شهادتهما، وأما شهادتهن على أنه ذكر فلا يحكم فى ذلك بمجرد شهادتهن مع غيبة الجسد، ولابد من اليمين عند ابن القاسم، فإنه قال: يحلف الطالب مع شهادتهن ويستحق فأقامهما مقام رجل لأن كونه ذكرا مما يطلع عليه الرجال، وهى شهادة فى غير مال ويستحق بها المال، فأجراها مجرى الشهادة فى الأموال، وقال أشهب: لا تجوز بوجه جريا على أصله فى منع شهادة النساء فيما ليس بمال، وإن كان يئول إلى المال، وقيل: إن فات بالدفن وطال مكثه وتعذر إخراجه فينظر، فإن كان فضل ذلك المال يرجع إلى بيت المال أو العشيرة البعيدة فتجوز، وإن كان يرجع إلى بعض الورثة دون بعض لم يجز؛ قاله أصبغ وضعفه محمد، وقال: ذلك كله سواء لأن حق بيت المال كحق أقرب الورثة.

وأما شهادتهن على عيوب الفرج، فالمشهود عليه نوعان حرائر وإماء.

فأما الحرة يدعى الزوج بها عيبا يوجب الرد ففى ذلك خلاف، والمشهور أنه لا ينظر إليها وهى مصدقة؛ قاله ابن القاسم، وقيل: ينظر إليها النساء، حكاه سحنون، والقول بالنظر أولى لأنها تتهم فى أن تدفع عن نفسها، فالشهادة على ذلك ضرورة لتعلق حق الغير، وأما الأمة فإن كان عيبا لا يتحقق الرجال قدره، وإنما يوجد علم ذلك عند النساء، ينظرن إليها ثم لا يخلو ذلك أن يكون الحاكم هو الذى ابتدأ ببعث من يكشف ذلك ففيه خلاف، قيل: تجزئ فيه امرأة واحدة لأنه من باب الخبر وإيصال العلم، وقيل: لابد من اثنتين وهو أولى، قال ابن عبدالسلام: وهذا مع حضور المرأة وإن كانت قد ماتت أو غابت، فلابد من امرأتين لأنها شهادة، وإن كان ذلك رفع إليه على معنى الشهادة، فلابد من اثنتين، وأما أن تكون الشهادة فى الأمر الذى يعلمه الرجال: كالبكارة، فاختلف فى إيجاب اليمين مع شهادة المرأتين فى ذلك.

وأما الشهادة على ما تحت الثياب من سائر الجسد فى الحرائر ففيه خلاف، قيل: لابد أن ينظر إليه الرجال، ووجه ذلك أن يبقر الثوب عن موضع الحاجة، حتى ينكشف موضع الحاجة للنظر، وقيل: يجزئ فى ذلك امرأتان؛ قاله أصبغ،

وحجته أن جميع الجسد فى الحر عورة بخلاف الإماء، وأما شهادتهما فى الرضاع، فقال ابن الحاجب: ويثبت الرضاع بامرأتين إن كان فاشيا من قولهما، قال ابن راشد: وقيد الفشو ذكره الباجى أبو عبدالله فى «وثائقه»، ولم أره لغيره فانظره.

مسألة: ويجوز القسامة مع شهادة امرأتين على أحد الأقوال فيما تجوز معه القسامة.

مسألة: ولو شهدتا على نكاح امرأة بعد موتها، فذلك مذكور فى الفصل الخامس، فى صفات الحقوق ومراتب الشهادات.

مسألة: ولو قال رجل لامرأته أول ولد تلدينه فهو حر، فتلد توأمين فيشهد امرأتان على أولهما خروجا فهو كالاستهلال، تجوز شهادتهما فى ذلك، ويعتق بذلك من شهدتا له ويرق الآخر، وقاله ابن وهب أيضا.

فصل: وأما شهادتهن فيما يقع بينهن فى المآتم والحمام من الجراح والقتل، ففى ذلك خلاف، والأصل الجواز للضرورة، كشهادة الصبيان فيما يقع بينهم على ذلك، قال ابن المناصف قيل: وكذلك إن لم يكونا عدلين لأنه موضع لا يحضره العدول، ورأى اللخمى أن يقسم معهما فى القتل، ثم يقاد ويحلف فى الجراح ثم يقتص، قال: وإن عدل منهن فى ذلك اثنتان أقيد فى القتل بغير قسامة، واقتص فى الجراح بغير يمين، فنحى بهن منحى الرجال، والصحيح أن شهادة النساء بعضهن على بعض فى المواضع التى لا يحضرها الرجال: كالحمام والعرش والمآتم وما أشبه ذلك، لا تجوز فيما يقع بينهن من الجراح والقتل، لأن الغالب عدم ضرورتهن إلى الاجتماع فى ذلك، وقيل: تجوز لحاجتهن إلى ذلك؛ قاله ابن راشد قال: ولم يزل النساء يجتمعن فى الأعراس والمآتم فى زمنه ﷺ وهلم جرا، فإذا لم يقبل قول بعضهن على بعض، ذهبت دماؤهن، وفى «الإملاء» على «الجلاب» المقيد عن أبى زيد اليرناسى، قال: وهذا إذا كان فى العرس المباح الذى لا يختلط فيه الرجال مع النساء، ولم يكن هناك منكر بيّن، وكان دخولهن الحمام بالمئزر فهذه مسألة الخلاف، وأما إذا كن فى الحمام بغير مئزر، وفى الأعراس التى يمتزج فيها الرجال والنساء، فلا يختلف فى المذهب أن شهادة بعضهن لبعض لا تقبل، وكذلك المآتم لا يحل حضوره إذا كان فيه نوح وما أشبه ذلك مما حرمه الشارع، لأن بحضورهن فى هذه المواضع تسقط عدالتهن، والله تعالى اشترط العدالة فى الرجال والنساء بقوله تعالى: ﴿مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ﴾ [البقرة: ٢٨٢].

الباب السادس عشر

فى القضاء بشهادة امرأة ويمين المدعى

مسألة: قال اللخمى: إذا شهدت امرأة على الحمل، حلف المشترى ورد الجارية.

مسألة: إذا شهدت المرأة على الحيض، وكانت الشهادة بعد أن انتقلت إلى الطهر حلف البائع وسلمها، ولا يصيبها المشترى ويحال بينه وبينها إن كان قد كذب شهادة المرأة حتى تحيض.

مسألة: إذا شهدت امرأة أن بالأمة عيبا فى موضع لا يطلع الرجال عليه فإنه يحلف ويرد.

مسألة: أجاز أشهب القسامة مع المرأة الواحدة فى العمد والخطأ.

*****

الباب السابع عشر

فى القضاء بقول امرأة بانفرادها

مسألة: إذا ادعت الأمة أنه ولدت من سيدها وأنكر السيد، فشهدت لها امرأة، فقال ابن القاسم: يحلف السيد إذا أقر بالوطء، أو شهد عليه شاهدان، قال: لأنها لو أقامت امرأتين ثبتت الشهادة على الولادة، فإذا أقامت امرأة حلف على نفى دعواها، يريد أن شهادة امرأتين فى هذا الموضع بمنزلة شهادة رجلين فى غيره، فشهادة امرأة واحدة نصف شهادة، ويحلف المدعى عليه وهو السيد، كما يحلف على شهادة رجل فى غير هذا الموضع؛ قاله اللخمى.

فرع: قال اللخمى: فعلى هذا إذا شهدت امرأة على الاستهلال، حلف من قام بشهادتها واستحق، وأدنى مراتبها أن يحلف المنكر للشهادة إذا قالت الأم أنه علم، ومنها إثبات الخلطة، قال ابن كنانة: تثبت الخلطة بشهادة امرأة واحدة بغير يمين، وروى عيسى بن القاسم مثله والمشهور أنها إنما تثبت بشاهدين، ومنها أنه يقبل قول المرأة وحدها فى الأمة المتواضعة تحت يدها، أنها خرجت من الاستبراء، قال فى «المتيطية»: لأنه من باب الخبر لا من باب الشهادة، قاله أبو محمد الأصيلى وأبو القاسم بن الكاتب ومحمد بن عمر، وغير واحد من شيوخ القرويين والأندلسيين، وقال موسى بن مناس: لا يجزىء فى ذلك أقل من امرأتين وليس به عمل والقضاء بما قدمناه.

مسألة: ولو وضعت على يد رجل، فلما أخبر بخروجها من الاستبراء، قيل له: بم عرفت أنها قد حاضت؟ فيقول: خادمى أو زوجتى أخبرنى بذلك، فذلك جائز؛ قاله فضل بن سلمة وغيره.

مسألة: إذا أنكر الزوج ما ادعته عليه المرأة من الاعتراض، ففى ذلك خلاف مشهور، وروى الواقدى عن مالك فى «مختصر ما ليس فى المختصر» أنه لا يصدق فى الثيب، ويجعل معهما امرأة تنظر إذا غشيها الزوج، وأجاز قول امرأة واحدة؛ من «المتيطية».

مسألة: وفى «الواضحة»: من ابتاع جارية فزعم أنها تبول فى الفراش، وأراد ردها فليس له ذلك، حتى يقيم البينة أنها كانت تبول عند البائع، لأن هذا مما يحدث فى ليلة، ويحلف البائع أنه ما علم ذلك بها، ولا يحلف بقول المشترى أنها تبول، حتى يعلم ذلك بأن توضع عند امرأة، فإذا تبين ذلك جاز قول المرأة وحدها، وقول الرجل فى ذلك عن امرأته، لأن هذا ليس على جهة الشهادة، وإنما هو على وجه استخبار القاضى، ذلك ممن يطلع عليه ويخبر به، ومنها ثبوت الرضاع بشهادة امرأة واحدة وقد أجاز ابن القاسم فى النكاح الثانى؛ من «المدونة»، وأجاز مالك فى «الموازية» إذا فشا عند الأهلين والمعارف، وفى الحديث أنه عليه الصلاة والسلام أمر بالفراق، بقول امرأة: إنها أرضعت ولم يعرف ذلك من قولها قبل ذلك؛ قاله ابن راشد، واختلف فى أم أحد الزوجين هل هى كالأجنبية أو أرفع منها؟ فتقع الفرقة بقولها لنفى التهمة إذ لا يعلم ذلك إلا من قولها، وفى ذلك قولان، وقال ابن حبيب: قول مالك وأصحابه: إن المرأة إذا قالت ذلك فى ابنتها، أو قاله الأب فى ولده، أن الفرقة تقع بينهما بذلك ويحكم بالفراق إذا قالوه قبل النكاح، ولا يقبل قولها بعد العقد، قال اللخمى: يحمل قول ابن حبيب أن لا يقبل قولها بعد العقد، على أنها كانت حاضرة العقد فلم تنكره، ثم ادعت ذلك، فلو كانت غائبة فلما قدمت، أنكرت قبل قولها، وهذا إذا قالت أنا أرضعتهما.

فصل: ومن المواضع التى يقبل فيها قول المرأة مما لا يتعلق بأحكام القضاء، أنه يقبل قول المرأة فى رؤية الهلال، إذا أريد به علم التاريخ، لأنه خبر، فإن تعلق به فرض كصوم رمضان والفطر منه، فلابد من شاهدين.

ومنها: إذا ثبت الهلال بشاهدين أو بالرؤية المستفيضة، فنقله ناقل إلى بلد آخر أو إلى أهله، فهل يجوز فى ذلك الناقل أن يكون امرأة أو عبدا؟ قال الطرطوشى: هل مثل مسألة الترجمة للحاكم وسنذكرها.

ومنها: هل يقبل فى ترجمة الفتوى والخط امرأة أو لا؟ فيه خلاف، وكذلك إذا كان القاضى لا يفهم كلام الخصمين، فقال ابن الماجشون ومطرف: يجزئ فى الترجمة عنهما امرأة، ومنع ذلك سحنون وهو عندهما من باب الخبر، وعند سحنون من باب الشهادة.

ومنها: أنه يقبل الخبر والفتيا.

ومنها: أن يقبل قول المرأة فى إرسال الهدية، ويجوز قبولها والإقدام على الأكل بقولها.

ومنها: أن يقبل قولها فى الإذن فى دخول الدار، والهجم على العيال.

فصل: ويلحق بما قدمناه من قول المرأة مسائل:

منها: ما خرجه الباجى من جواز قيافة المرأة الواحدة.

ومنها: أنه يقبل قول المرأة الواحدة فى العيوب التى فى الأمة التى لا يطلع عليها الرجال، إذا كانت الأمة حاضرة ولم يكن الخصم منكرا، فإن أنكر فقد تقدم فى الباب السابق أنه يجزىء فى ذلك اليمين مع شهادة المرأة الواحدة، وإن كانت الأمة غائبة أو ميتة، لم يقبل إلا امرأتان بمعنى الشهادة، وذلك فيما هو من عيوبهن تحت الثياب: من البرص، والحيض والعذرة والنفاس والعيوب الباطنة، والمرأتان فى هذا كالرجلين.

ومنها: قال القرافى -رحمه الله تعالى: نقل ابن حزم فى مراتب الإجماع، إجماع الأمة على قبول قول المرأة الواحدة فى إهداء الزوجة لزوجها ليلة العرس، مع أنه إخبار عن تعيين مباح، جرى بجزئى ومقتضاه أن لا يقبل فيه إلا رجلان، لأنها شهادة تتعلق بالنكاح الذى هو من أحكام الأبدان، التى لا تقبل فيها النساء إلا للضرورة غير أن هذه الصورة اجتمع فيها قرائن الأحوال، ومذهبنا أنه لا يحتاج إلى المرأة، وهكذا مذهب أحمد بن حنبل، ونقل ابن قيم الجوزية أن الشافعية والحنفية على ذلك.

*****

الباب الثامن عشر

فى القضاء بشاهد وامرأة ويمين المدعى

وفى «مختصر الواضحة» فى «باب اليمين مع الشاهد»: قال أشهب، قال مالك -رحمه الله- فى رجل شهد له رجل وامرأة: أنه وارث فلان لرجل قد مات أنه يستأنى بمثل هذا، فإن لم يجد إلا هذين حلف، وكان ذلك له؛ يريد وكان نسبه قد ثبت بعدلين؛ انظر «وثائق أبى القاسم الجزيرى».

مسألة: وفى «مختصر الواضحة»: ولو شهد رجل وامرأة على استهلال الصبى لم تجز شهادتهما، وقاله ابن الماجشون وابن عبدالحكم، وذكر أشهب ومطرف عن مالك، قال عبدالملك: وإنما لم تجز عند مالك شهادة الرجل والمرأة، لأن الرجل لما حضر لذلك صار مما قد استغنى فيه عن شهادة النساء، فسقطت شهادة المرأة الواحدة، وجازت فيه شهادة الرجل إذا وجد معه غيره، وإلا سقطت شهادته أيضا، قاله ابن حبيب غير أنى سمعت من أرضى من أهل العلم يجيز شهادة الرجل والمرأة فى الاستهلال، ويرى ذلك أقوى من شهادة المرأتين على ذلك، أن ابن وهب روى أن أبا بكر الصديق، وعمر بن الخطاب، وعلى بن أبى طالب، ومروان بن الحكم -رضى الله تعالى عنهم- حكموا بجواز قول المرأة المسلمة وحدها على استهلال الصبى، إذا كانت المرأة عدلة مرضية، وأن عمر بن الخطاب -رضى الله عنه- ورث صبيا على أنه استهل، ثم مات هو وأمة فورثه بشهادة القابلة، فإذا كان مع المرأة الواحدة رجل كان أتم للشهادة، قال ابن حبيب: وهذا أحب إلى، وبه أقول.

*****

الباب التاسع عشر

فى القضاء بيمين المدعى ونكول المدعى عليه عن الحلف على طبق الدعوى

وفى «أحكام ابن بطال»، قال ابن القاسم فى رجل جحد ما أدعى به عليه، فأراد طالب الحق أن يحلفه ما أسلفتك شيئا، وقال المطلوب: احلف مالك على شيء. قال مالك: يحلف مالك عند حق، وما الذى ادعيت على به باطل، فإن نكل حلف الطالب واستحق، وقال أصبغ: حضرت ابن القاسم وقد حكم بأن يحلف أنه ما أسلفه شيئا.

مسألة: قال مطرف فيمن ادعى أنه باع من رجل بيعا، وبقى عليه بعض الثمن فأنكر المدعى عليه، فأراد القاضى أن يحلفه، فقال المدعى عليه: احلف أنه لا حق لك قبلى، ويريد الطالب يمينه أن ما بعتك، قال مالك: بل يحلف ما بعتنى ذلك ولا لك حق قبلى، وهذا يريد الإلغاز والتحريف، قال فضل: يريد أنه يعنى فى يمينه أنى قد ابتعت منك بما تقول وقضيتك الثمن، فأنا أحلف أنه لا حق لك قبلى، فليس ذلك له، لأنه إذا أقر أنه ابتاع منه وقضاه، كان الحق قد لزمه، وصارت اليمين على الطالب أنه ما قضاه شيئا، ثم يأخذ حقه، وقال ابن الماجشون: إذا حلف بالله مالك على من كل ما تدعيه قليل ولا كثير، فقد برىء، ولا ينظر إلى قول ابن حبيب: وهذا أحب إلى ما إذا كان المدعى عليه ممن لا يتهم، وكان المدعى من أهل التهمة والظنة والطلب بالشبهة.

مسألة: قال ابن سحنون: وكان سحنون إذا قال الخصم: لا أقر ولا أنكر، أو قال: ما له عندى حق، والآخر يدعى دعوى مفسرة يقول: أسلفته أو بعته أو أودعته، فكان لا يقبل قول المدعى عليه، ماله عندى حق حتى يقر بالدعوى نفسها أو ينكرها، فيقول: ما باعنى ولا أسلفنى ولا أودعنى فإن تمادى على اللدد سجنه، فإن تمادى أدبه، وكذلك إذا تمادى فى أن لا يقر ولا ينكر، وأما قوله: ماله عندى حق ربما قبل ذلك منه، وأمر بكتب دعوى المدعى وإنكار الآخر، وربما لم يقبل منه حتى يقر بالشيء نفسه أو ينكره، ورجع إلى هذا فى آخر أيامه؛ من «ابن يونس» فى الشهادات الثانى.

مسألة: فإذا قال لى عليك عشرة حلف مالك على عشرة، ولا شىء منها فإن ذكر السبب مثل أن يقول له اشتريت منى سلعة كذا وكذا، وقد كان المبتاع دفع له ثمنها وجحد، فأراد أن يحلف ماله عندى شىء، ففيها قولان المشهور: أنه لابد أن يحلف أنه ما اشترى منه سلعة كذا، وقد تقدم، قال ابن دينار قلت لأبن عبدوس: إذا أسلفه مالاً فقضاه إياه فجحد، وأراد المدعى أن يحلف المدعى عليه أنه ما أسلفه، وقال المدعى عليه: أحلف ما له عندى شىء، فقال: لابد أن يحلف ما أسلفه شيئا، قلت لابن عبدوس: فقد اضطررتموه إلى يمين كاذبة أو غرم مالا يجب عليه، قال: ينوى سلفا يجب على رده الآن ويبرأ من الإثم.

مسألة: قال أشهب: إذا قال لى عليه عشرة من سلف، فأراد أن يحلف له ماله عندى عشرة من سلف، لم يجزه ذلك حتى يقول ولا أعلم له شيئا من وجه من الوجوه ونحوه، فى «كتاب ابن سحنون» قال القاضى أبو الوليد: والظاهر أنه يجزئه: لا شىء له عندى من وجه يطلبه، لأن الطالب لم يطلبه بغير ذلك.

فرع: ويحلف فى دعوى الإجارة، ما يستحق على إجارة فى هذه الدار على ما ادعاه؛ من «كتاب الشهادة».

تنبيه: قال ابن راشد: شرط صحة اليمين المطابقة وأن يحلف على البت إلا فيما نسبه إلى غيره من النفى، قال ابن شاس: يحلف على البت فى كل ما نسبه إلى نفسه من نفى أو إثبات وفيما نسبه إلى غيره من الإثبات، وأما النفى فيكفى الحلف على نفى العلم، فيقول: لا أعلم على مورثى ولا أعلم منه إسلافا أو بيعا؛ اهـ. فمتى نكل من اليمين على طبق الدعوى حلف المدعى واستحق، وفى كتاب «أدب الشهادات»: كان القاضى بكار يرى شفعة الجوار، فادعى عنده حنفى على شافعى بالشفعة فأنكر الشافعى حقه فى ذلك، فقال له القاضى بكار: احلف أن هذا ما يستحق عليك هذه الشفعة بالجوار على مذهب القائلين بشفعة الجوار، فتوقف عن اليمين، وحدث المدعى عليه بذلك المزنى صاحب الإمام الشافعى فقال له المزنى. وقعت على قاض فقيه وإنما حلفه على هذا خوفا من أن يتأول مذهب الشافعى، ويحلف فينبغى التنبيه لذلك فهو تنبيه حسن، فقد تقع الحكومة لمن لا يرى أن اليمين على نية المستحلف.

الباب العشرون

فى القضاء بيمين المدعى ونكول المدعى على عن اليمين فى مقطع الحق

ومن وجبت عليه يمين فيما له بـال من سائر الحقوق أو فى ربع دينار فصاعدا، فامـتنع من الحلف عند المنبر فى مـدينة النبى ﷺ، أو فى الجامع الأعظم فى غـير المدينة أو عند الركن بمكة، وقال: أنا أحلف بموضعى، فـهو كنكوله عن اليمين إن لم يحلف فى مقـاطع الحقوق وغـرم. قال ابن يونس: يريد بعـد يمين المدعى فى ذلك الموضع، يعنى مقطع الحق، فإن نكل المدعى بطل حقه، وبذلك قضى مروان على زيد بن ثابت.

*****

الباب الحادى والعشرون

فى القضاء بيمين المدعى

ونكول المدعى عليه عن الجواب

قال أصبغ: إذا تكلم المدعى وادعى بحجته، قال الحاكم للآخر: تكلم فإذا سكت أو قال: لا أخاصمه إليك، قال له القاضى: إما خاصمت وإما أحلفت هذا المدعى على دعواه وحكمت له، فإن تكلم نظر فى حجته، وإن لم يتكلم أحلف المدعى وقضى له بحقه، إن كان مما يستحق مع نكول المطلوب عن اليمين، وكانت الخلطة ثابتة والدعوى مشبهة عرفا لأن نكوله عن التكلم نكول عن اليمين، وإن كان مما لا يثبت إلا بالبينة، دعا بالبينة ولا يسجنه حتى يتكلم، ولكن يسمع من صاحبه، ويحمل الحكم عليه إذا تبين له الفصل، ولم يرجع المدعى عليه إلى إقرار أو إنكار، ويحكم عليه بالمدعى بلا يمين.

وقال محمد بن عبدالحكم: إن قال لا أقر ولا أنكر لم يتركه حتى يقر أو ينكر، وإن أبى سجنه حتى يقر أو ينكر، وهى رواية أشهب. قال ابن راشد: والذى جرى به العمل أن يسجن ويؤدب، فإن تمادى على امتناعه حكم عليه بغير يمين.

وقال اللخمى: يخير الطالب بين حبس المطلوب حتى يجاوبه أو يحلف، ويأخذه ملكا أو يأخذه بغير يمين، ويبقى المدعى عليه على حجته.

فرع: قال ابن راشد: فإن قال: لا أجاوبه، حتى يبين الوجه الذى ترتب له ذلك به قبلى، فللقاضى أن يسأله عن ذلك، فإن امتنع من بيانه لم يسأل المطلوب عن شىء، إلا أن يدعى نسيانا فيقبل ذلك منه بغير يمين، وألزم المطلوب الجواب. وقال الباجى: القياس أن يحلف لقد نسى.

فرع: وإن قال أنا آتيه بوكيل يجاوبه، ففى ذلك أقوال:

الأول: الإلزام، ويقال له: قل الآن ما تأمر به وكيلك، قال أبو الأصبغ بن سهل: وهو الصحيح عندى.

الثانى: قال ابن الهندى: يمكن من ذلك.

الثالث: التفرقة، فإن كانت الدعوى قريبة المعنى، أمر بالجواب ثم وكل، فإن أبى حمل عليه بالأدب، وإلا فله ذلك وبه العمل.

فرع: وإن قال: لا أخاصمه عندك جبر عليه بالسجن والأدب.

الباب الثانى والعشرون

فى القضاء بالنكول عن حضور مجلس الحكم
وبيان المواضع التى تجب فيها إجابة دعوة الحاكم
وما لا يجب فيه الإجابة

قال الماوردى فى تفسير قوله تعالى: ﴿ **وَإِذَا دُعُوا إِلَى اللَّهِ وَرَسُولِهِ لِيَحْكُمَ بَيْنَهُمْ** ﴾ [النور: ٤٨] الآية دليل على أنه من دعى إلى حاكم فعليه الإجابة، ويجرح إن تأخر، وروى عن الحسن، أن النبى ﷺ قال: «**من دعى إلى حاكم من حكام المسلمين فلم يجب فهو ظالم لا حق له**»؛ انتهى من «معين الحكام»، وفى «الطرر» لابن عات، قال الشعبانى: من ادعى على غيره دعوى فدعاه إلى القاضى فامتنع، ختم له خاتمًا من طين، فإن لم يأت بعث معه بعض أعوانه ليدعوه إليه، فإن امتنع وتوارى عنه سئل الخصم عن دعواه، فإن ادعى شيئًا معلومًا وأثبت عليه بينة مرضية حكم عليه بذلك، إن كان للمدعى عليه مال ظاهر، فإن لم يكن له مال ظاهر وثبت بالبينة أنه فى منزله، فمن الناس من يقول يبعث إليه رسولاً ثقة مع شاهدين ينادى على بابه ثلاثًا يا فلان، القاضى فلان يدعوك لتحضر مجلس الحكم مع خصمك فلان، وإلا نصب لك وكيلاً ويسمع من شهود المدعى ويمضى الحكومة عليك، فإن لم يحضر وثبت عند القاضى أنها دار سكناه، وأنه تغيب فيها وأن الرسول دعاه، فإنه يأمر بطبع الدار وتسميرها بعد أن تفتش، فإن خرج أخذ منه الحق وعاقبه على امتناعه وتغيبه.

وفى «المقنع» لابن بطال: إذا ثبت عند القاضى تغيب المطلوب فى موضع يمتنع فيه من الخروج، فعلى القاضى أن يستعين بالسلطان، ويبعث إليه أن يرسل إلى الموضع الذى فيه المطلوب رجلاً كان أو امرأة، من يخرجهما منه إلى حيث ينتصف منهما إلا أن يدفعا الحق وهما بموضعهما فيؤخذ منهما، وقال بعضهم: إن امتنع المطلوب فى موضع، أمر السلطان بتشقيف ذلك الموضع إذا لم يوصل إليه، وضيق عليه حتى يخرج، فإذا خرج أخذ منه الحق وعاقبه على امتناعه، وإن طال أمره

واضطر ذلك بصاحب الحق، أمر بالدخول عليه بهدم أو غيره لأنه معاند للسلطان، ولم يتعرض لماله إلا بحق، وإن لم يمتنع الدخول عليه إلا أنه مختلف فى الموضع الذى هو فيه، أمر السلطان من يثق به من أهل الصلاح بعزل النساء إلى ناحية من الموضع الذى هو فيه، ويفتش الموضع الذى يطمع به، فيه حتى يفتش جميع المواضع، فإن أعيا السلطان أمره ولم يجده سمع من الطالب ومن بينته، وقضى لصاحب الحق عليه، ولم ترج له حجة عقوبة له، وإن كان الذى عليه الحق امرأة، أمر السلطان امرأة تعرفها بالتفتيش عليها، فإن أخرجتها عرضت على من يعرفها، ويعرف عينها، ويثبت عند القاضى أنها هى المقرة المشهود عليها بجميع ما ذكر عنها وقضى عليها، وفى «الطرر»: ومنهم من يرى أن يهجم عليه، ومنهم من يرى أن يرسل القاضى عدلين مع جماعة من الخدم والنسوان ومعهم الأعوان، فيكون الأعوان بالباب وحول الدار، ثم يدخل النساء ثم الخدم، وتعزل حرم المطلوب فيجعلون فى بيت، ثم تفتش الدار ثم يدخل النساء إلى منزل الحرم فيفتشنه، ويكون ذلك كله بغتة بغير إذنه، لئلا يصرن النساء فى الدار ثم يدخل الخدم فى إثرهن، وفى «معين الحكام»، قال ابن العطار: فإن ثبت تغيب المطلوب فى داره، شدد عليه بأن يطبع باب مسكنه ويخرج ما فيه من الحيوان من بنى آدم وغيرهم، قال: والطبع خير من التسمير، لأن التسمير يفسد الباب وينقص ثقب المسامير ولإمكان أن يزال التسمير ويعاد ولا يعلم بذلك.

تنبيه: وفى «الوثائق المجموعة»: وإذا رأى التسمير ولم ير أن يطبع على الباب فليثبت عند القاضى أنها داره، وحينئذ يأمر بتسميرها، قالوا: وينبغى للقاضى أن لا يقبل قول الرسول فى تغيب المطلوب حتى يكشف ويسأل.

فرع: قال ابن سهل فى «أحكام ابن زياد»: إن تغيب عن الحضور مع الطالب عند القاضى، فمن حق الطالب السماع من بينته والنظر له، إذا تبين تورك المطلوب وتنحيه؛ قاله ابن لبابة ويحيى بن عبد العزيز ومحمد بن يحيى وعبد الله بن الحسين وسعيد بن معاذ ومحمد بن غالب وأحمد بن يحيى ومحمد بن وليد.

فرع: ومن «أحكام ابن سهل»: قال سحنون: من ادعى دارًا بالقيروان والذى هى بيده غائب بـ«تونس»، كتب قاضى «القيروان» إلى قاضى «تونس»، أن يقدم

فلانًا يخاصم، أو يوكل من يخاصم له، فإن أبى سمع من حجة المدعى وبينته، فإن أثبت الدعوى وأوقع البينة كشف عن البينة، فإن زكيت حكم عليه.

مسألة: وفى «معين الحكام» وغيره: وإذا تبين أن المطلوب ألد بالمدعى، ودعاه الطالب إلى الارتفاع إلى القاضى فأبى، فيكون على المطلوب أجرة الرسول إليه، ولا يكون على الطالب من ذلك شىء، ويؤدب القاضى كل من أبى أن يرتفع إليه، وقال مثله أبو عبد الله بن العطار.

تنبيه: قال ابن الفخار فى «الانتقاد على ابن العطار»: ولا نعلم ذنبًا يوجب استباحة المال إلا الكفر وحده، وليس مطله يوجب استباحة ماله، وأن تكون أجرة الرسول عليه، وإنما هو ظالم بمطله وتبطل بذلك شهادته، ويستحق اسم الظلم وماله محرم ولا يأخذ منه شيئًا. قال بعض المتأخرين: ما قاله ابن العطار أولى لأن هذا ليس من باب استباحة المال، وإنما هو أدخل غريمه فى غرم وعرض بإتلاف ماله، بعدم انقياده إلى الحكم فتوجه عليه غرم ذلك.

فرع: قال ابن رشد فى «البيان»: إذا لم يكن للشرط المتصرفين بين أيدى القضاة رزق من بيت المال، كان جعل الغلام المتصرف بين الخصمين على الطالب، إلا أن يلدّ المطلوب ويختفى تعنيتا بالطالب، فيكون الجعل فى إحضاره عليه، وهذه النصوص كلها تخالف ما قاله ابن الفخار.

مسألة: وفى «أحكام ابن سهل» فى الشريكين: يطلب أحدهما القسمة ويتغيب الآخر، قال ابن لبابة وابن وليد وابن غالب: إذا تورك أحد الشركاء على الحضور للقسمة وظهر ذلك للقاضى باتصال توركه، أو بطول التردد فى طلبه للحضور فلم يحضر القسم، ووكيلا يوكله للغائب وكالة يشهد له بها، فما حصل للغائب قبضه وكيله، وكان قبضه له بأمر القاضى كقبضه لنفسه لو كان حاضرًا، ويذكر فى كتاب القسمة المعنى الذى وكل الوكيل لأجله من ثبوت التورك عنده.

مسألة: وفى «البيان والتحصيل»: وكتب ابن غانم إلى مالك بن أنس - رحمه الله - يسأله عن الخصمين يختصمان فى الأرض، فيقيم أحدهما البينة بأنها له، فإذا علم خصمه بذلك، هرب وتغيب فطلب فلم يوجد أيقضى عليه وهو غائب؟

قال مالك -رحمه الله: إذا أثبت عندك الحجج، وسألته عن كل ما تريد أن تسأله عنه، واستقر عندك علم كل ما تريد أن تسأله عنه فلم تبق حجة فاقض عليه وهو غائب.

قال ابن رشد: وهذا كما قال أنه يقضى عليه بعد استيفاء علم ذلك ويعجزه، ولا يكون له إذا قدم أن يقوم بحجته، بمنزلة أن لو قضى عليه وهو حاضر، إلا على القول بأن المحكوم عليه إذا أتى بحجة لها وجد بعد الحكم عليه، يسمع منه، فأما إن هرب وتغيب قبل أن يستوفى جميع حججه، فالواجب فى ذلك أن يتلوم له، فإن لم يخرج وتمادى على تغيبه واختفائه، قضى عليه من غير أن يقطع حججه.

فصل: ومما يلتحق بهذا الباب، الدعوى على المحبوس فى حبس السلطان، وإذا كانت للناس حقوق على من حبس السلطان، فإن الحاكم يأمره أن يوكل من يخاصم عنه ويسمع الدعوى، ويعذر إليه، فإن امتنع من التوكيل حكم عليه بعد أن يعذر إليه؛ من «المقنع» لابن بطال.

فصل
فى بيان المواضع التى تجب فيها إجابة الحاكم

ومنها: أن من دعى من مسافة القصر فما دونها وجبت عليه الإجابة لأنها لا تتم مصالح الأحكام وإنصاف المظلومين من الظالمين إلا بذلك وإن كان أبعد من المسافة فلا تجب الإجابة.

ومنها: أن يدعوه الخصم إلى حق مختلف فى ثبوته وخصمه يعتقد ثبوته فتجب الإجابة لأنها دعوى حق، وإن اعتقد عدم ثبوته لم تجب لأنه مبطل وإن دعاه الحاكم وجبت الإجابة له لأن المحل قابل للحكم والتصرف والاجتهاد.

ومنها: النفقات، فيجب الحضور فيها عند الحاكم لتقديرها إن كانت للأقارب، وإن كانت للزوجة أو للرقيق فهو مخير بين إبانة الزوجة وعتق الرقيق وبين الإجابة.

ومنها: الفسوخ الموقوفة على الحكام.

فصل

فى بيان ما لا تجب فيه الإجابة

وفيما هو مخير بين الإجابة وعدمها

منها: إذا دعاه ولم يكن له عليه حق لم تجب الإجابة، أو له عليه حق ولكن لا يتوقف على الحاكم فلا تجب الإجابة، فإن كان قادرًا على أدائه لزمه أداؤه ولا يذهب إليه.

ومنها: متى علم الخصم إعسار خصمه حرم عليه طلبه ودعواه إلى الحاكم.

ومنها: إذا دعاه خصمه وعلم أنه يحكم عليه بجور لم تجب الإجابة وتحرم الإجابة إذا كان الحكم فى الدماء والفروج والحدود وسائر العقوبات الشرعية.

ومنها: إذا كان الحق موقوفًا على الحاكم كتأجيل العنين فإن الزوج يخير بين الطلاق فلا تجب الإجابة، فليس له الامتناع منها.

ومنها: القسمة المتوقعة على الحكام فيخير المطلوب بين تمليك حصته لغريمه وبين الإجابة، وليس له الامتناع منها، وقد تقدم ما فى نفقة الزوج والرقيق.

تنبيه: متى طولب بحق عليه أداؤه على الفور كرد المغصوب فلا يحل له أن يقول لخصمه لا أدفعه لك إلا بالحكم، لأن المطل ظلم، والوقوف على الحكام صعب؛ من «القواعد» للقرافى - رحمه الله - فى الفرق الخامس والثلاثين والمائتين.

*****

الباب الثالث والعشرون

فى القضاء بالتحالف من الجهتين

وذلك بأن يتحالفا ويقسم المدعى فيه بينهما، فيقضى لكل منهما بيمينه، أو يحكم بالفسخ بينهما فيفسخ عن كل واحد منهما ما لزمه بموجب العقد بيمينه، وهذه المسألة تدخل فى أبواب كثيرة.

منها: اختلاف المتبايعين واختلافهما يرجع إلى ثمانية عشر نوعًا يقع التحالف منهما فى أحد عشر نوعًا، والأصل فى ذلك الحديث «**إذا اختلف المتبايعان تحالفا وتفاسخا**».

النوع الأول: أن يختلفا فى جنس الثمن فيقول أحدهما: دنانير، ويقول الآخر: ثوب، فإنهما يتحالفان ويتفاسخان إذ ليس تصديق أحدهما بأولى من الآخر، ويرد المبتاع قيمة السلعة عند الفوات، وفى «مفيد الحكام»: القول قول مدعى البيع والشراء بالنقد مع يمينه وعلى الآخر البينة لأن الدراهم هى الأثمان وبها يقع البيع.

الثانى: أن يختلفا فى نوع المثمن فيقول أحدهما: هو قمح ويقول الآخر هو شعير، فإنهما يتحالفان ويتفاسخان.

الثالث: أن يختلفا فى مقدار الثمن فيقول أحدهما: بعشرين ويقول الآخر: بعشرة، ولا خلاف أنهما يتحالفان ويتفاسخان ما لم يقبض المشترى السلعة، إذا لا مزية لأحدهما على الآخر، وإذا ترجحت دعوى المشترى بقبض السلعة ففيها أربع روايات.

أحداها: أن المشترى يصدق فى الثمن مع يمينه لقوة اليد.

الثانية: أنهما يتحالفان ويتفاسخان وإن قبضها ما لم يبن بها فيصدق حينئذ للبينونة، والروايتان لابن وهب.

الثالثة: أنهما يتحالفان ويتفاسخان وإن قبضها وبان بها ما لم تفت بتغير سوق أو بدن فيكون القول قول المشترى وهى رواية ابن القاسم فى «المدونة» وبها أخذ.

الرابعة: أنهما يتحالفان ويتفاسخان، وإن فاتت فى يد المشترى، ويرد القيمة بدل العين وهى رواية أشهب، وبها أخذ، وقال المازرى: وبهذه الرواية كان يفتى شيخنا، وأنا أفتى به أيضًا، قال ابن راشد: وإنما يرد القيمة ما لم تكن أقل أو أكثر.

فرع: وحيث قلنا يتحالفان فالبداءة بالبائع، وقيل: بالمشترى، وقيل: يقرع بينهما فلو تناكلا فقال ابن القاسم: يفسخ، كما إذا تحالفا، وقال ابن حبيب: يمضى العقد بما قال البائع، وإذا فرعنا على قول ابن القاسم فهل لأحدهما أن يلزم صاحبه البيع بما ذكر قولان، وإذا قلنا بقول ابن حبيب فهل يفتقر إلى يمين أم لا؟ قولان.

فرع: وهل يفسخ البيع بتمام التحالف أو يفتقر إلى الحكم؟ قولان.

الأول: قول سحنون.

الثانى: قول ابن القاسم وابن عبد الحكم، وثمرة الخلاف أن يرضى أحدهما بقول الآخر فعلى قول ابن القاسم له ذلك، وعلى قول سحنون ليس له ذلك، وقال بعض القرويين إن تحالفا بأمر القاضى فلا بد من الحكم وإلا انفسخ بتمام التحالف.

الرابع: إذا اختلفا فى تعجيل الثمن وتأجيله فقال البائع: بعت بنقد، وقال المشترى بنسيئة، فالقول قول من ادعى العرف مع يمينه، فإن لم يكن لتلك السلعة عرف، فقال ابن القاسم: يتحالفان ويتفاسخان، وقال ابن وهب: إن كانت السلعة بيد البائع فهو مصدق مع يمينه، وإن قبضها المبتاع صدق مع يمينه وإن ادعى ما يشبه، وقيل: إن ادعى المبتاع أجلا قريبًا يتحالفان ويتفاسخان إن كانت السلعة قائمة، ويكون القول قول المشترى مع الفوات، وإن ادعى أجلا بعيدًا فالقول قول البائع.

فرع: وإن اتفقا على الأجل واختلفا فى قدره، فالقول قول المبتاع مع الفوات، ويتحالفان ويتفاسخان إن كانت السلعة القائمة، وإن اتفقا على الأجل واختلفا فى انقضائه، والأصل عدم الانقضاء، فيكون القول قول مدعيه مع يمينه.

الخامس: إذا اختلفا فى الخيار والبت، فقال ابن القاسم: القول قول مدعى البت مع يمينه، وقال أشهب: قول مدعى الخيار، وقيل: يجرى فيه الخلاف الذى تقدم فى اختلافهما فى مقدار الثمن، فإن ادعى كل واحد أنه اشترط الخيار لنفسه دون الآخر فاختلف هل يتحالفان ويتفاسخان أو يتحالفان ويثبت البيع؟ قولان لابن القاسم.

السادس: اختلافهما فى الرهن والحميل وذلك كاختلافهما فى قدر الثمن، لأن الثمن يزيد مع فقدهما وينقص مع وجودهما.

السابع: إذا اختلفا فى عين المبيع فلا يخلو أن يختلفا فى ذلك قبل القبض أو بعده، فإن اختلفا فيه قبل القبض فقال البائع: بعت منك هذا الثوب، وقال المبتاع: بل هذا، تحالفا وتفاسخا، وإن اختلفا فيه بعد القبض عند الحكام بالرد فالقول فى ذلك قول البائع مع يمينه، وكذلك لو قال رددته عليك بعد التخالف والتفاسخ، لأن الأصل أنه من ضمان المتباع، فلا يزال فى ضمانه حتى يقر له البائع بالقبض أو تقوم له البينة.

الثامن: إذا اختلفا فى قدر المثمون فى بيع النقد ففيه الأقوال المتقدمة فى اختلافهما فى قدر الثمن؛ ذكره المازرى.

التاسع: إذا اختلفا فى قدر المسلم فيه فحكى ابن يونس عن ابن المواز أنهما إذا اختلفا فى القدر بالقرب من عقد السلم تحالفا وتفاسخا، وإن اختلفا فى ذلك عند حلول الأجل فالقول قول المسلم إليه مع يمينه إن أتى بما يشبه، وإن أتى بما لا يشبه فالقول قول المسلم فيما يشبه، قال محمد: فإن أتيا بما لا يشبه حملا على الوسط مما يشبه من سلم الناس.

العاشر: إذا اختلفا فى الجودة فقال رب السلم: سمراء، وقال المسلم إليه: محمولة، فقال ابن حبيب: القول قول المسلم إليه، وقال فضل بن سلمة: يتحالفان ويتفاسخان.

الحادى عشر: إذا اختلفا فى موضع القضاء صدق مدعى موضع العقد، فإن لم يدعه واحد منهما فالقول قول المسلم إليه، فإن تباعد قولهما وأتيا بما لا يشبه تحالفا وتفاسخا، وذلك إذا تباعدت المواضع جدًا حتى لا يشبه قول واحد منهما.

فصل: والتحالف والتفاسخ يجرى فى النكاح إذا اختلف الزوجان فى نوع الصداق أو عدده قبل البناء من غير موت ولا طلاق، فإنهما يتحالفان ويتفاسخان، وقال ابن حبيب: إذا تنازعا فى ذلك بعد البناء تحالفا ووجب صداق المثل.

فصل، وإذا تنازعا دارًا ليست فى أيديهما قسمت بينهما بعد أيمانهما.

فصل، وإذا اختلف المتكاريان فى الدور والأرضين والدواب فى مقدار الأجرة أو جنسها أو مدة الإجارة، فالحكم فى ذلك كاختلاف المتبايعين فى التحالف والتفاسخ.

فصل، وإذا اختلف رب الحائط والعامل فى المساقاة فى غلمان الحائط والدواب، فقال العامل: كانوا فيه، وأنكر رب الحائط، فإنهما يتحالفان ويتفسخان، وكذلك إذا اختلفا فى جزء المساقاة قبل العمل تحالفا وتفاسخا.

فصل: وإذا كانت لرجل على آخر دينان أحدهما برهن والآخر بغير رهن فقضاه أحد الحقين ثم اختلفا، فقال رب الدين: هو الذى ليس فيه رهن، وقال المطلوب: هو الذى فيه الرهن، تحالفا وقسم ذلك بين الحقين، وهذا إذا ادعيا أنهما بينا ذلك عند دفع الحق، وأما لو دفعه المطلوب ولم يذكر شيئًا فلم يختلف أنه يقسم إذا كانا حالين أو مؤجلين لاستوائهما، وإلا فالقول قول من ادعى أنه من الحال.

*****

الباب الرابع والعشرون

فى القضاء باليد والترجيح بها وبالبينات

وإذا تداعى رجلان شيئًا، فإن كانت الدعوى متساوية مثل أن يدعى كل واحد جميعه، فإن لم يكن فى أيديهما ولكن فى يد من لا يدعيه لنفسه لم يحكم به لأحدهما إلا ببينة، فإن أقام أحدهما بينة به حكم له به، فإن أقام الآخر بينة نظر إلى أعدل البينتين فحكم بها، فإن تساويا فى العدالة عرضت اليمين عليهما فإن نكل أحدهما حكم به للحالف، فإن حلفا قسم بينهما، وإن نكلا تركا على ما كانا عليه.

وإن كان ذلك الشئ فى أيديهما فالحكم فيه مثل ما لو لم يكن فى أيديهما سواء، حيث قلنا يقسم فإن كان فى يد غيرهما فإنه يقسم على قدر الدعاوى فإن كان بأيديهما فقيل: يقسم على قدر الدعاوى وقيل: يقسم بينهما نصفين لتساويهما فى الحيازة، إلا أن يسلم أحدهما لصاحبه بعد حيازته.

وإذا فرعنا على القول بالقسمة على قدر الدعاوى فقد اختلف فى كيفية ذلك، فروى ابن حبيب عن مالك أن جميعه يقسم على قدر الدعاوى، وإن اختلفت الحصص المدعى بها كعول الفرائض، وبه قال مطرف وابن كنانة وابن وهب وأشهب وأصبغ، وقال ابن القاسم وابن الماجشون: إن اختلفت الدعاوى فإنما يقسم ما اشتركوا فيه فى الدعوى، فيقسم بينهم على السواء أما ما اختص به أحدهما فلا يقاسمه فيه الآخر.

فلو تداعيا فى دار مثلا فادعى أحدهما جميعًا وادعى الآخر نصفها فعلى قول مالك ومن تابعه تقسم بينهما أثلاثًا لمدعى الكل سهمان ولمدعى النصف سهم، وعلى قول ابن القاسم وابن الماجشون تقسم أرباعًا لمدعى الكل ثلاثة أسهم ولمدعى النصف سهم؛ من ابن راشد. وإن كان فى يد أحدهما وأقام كل واحد منهما بينة وتساويا فى العدالة رجع جانب الذى بيده ذلك لكونه حائزًا، فيحكم له به مع اليمين، وهذا معنى قولهم تقدم بينة الداخل على بينة الخارج عند التكافؤ، هذا هو

المشهـور، وقال عبـد الملك: لا ينتفع الحـائز ببينته وبينة المـدعى أولى لقوله ﷺ: «البينة على المدعى»، فخص البينة بالمدعى.

فرع: فإن نكل الحـائز حلف المدعى وحكم له به فإن نكل أقـر على يد من هو فى يده.

فرع: وعلى المشهور فإن كانت بينة الخارج أرجح قدمت، لأن اليد لا اعتبار لها مع الحجة الضعيفة، ثم هل يحلف الخارج لأجل اقتران اليد والبينة؟ قولان.

فرع: قال القـاضى عبـد الوهاب: وسواء كـانت الدعوى فى ملك مطلق غـير مـضاف إلى سـبب أو فى ملك غـير مطلق وهو المـضاف إلى سـبب يتكرر أو لا يتكرر، فالمطلق أن يقيم بينة بأن هذا الشئ له ملكًا مطلقًا، وغير المطلق هو المضاف إلى سبب وهو أن يبين سبب الملك، مـثل أن يقيم بينة بأن هذا العبد ملكه ولد فى ملكه، وأن هذه الدابة نتجت فى ملكه، وأن هذا الثوب ملكه نسج فى ملكه.

ثم هذا السبب على ضـربين منه ما يمكن أن يتكرر فى الملك مـثل الغراس إذا قال كل واحد منهما: غرسته فى ملكى، فهذا يمكن أن يتكرر بأن يغرس دفعتين، وهكذا نسج الثوب الخز على ما يقوله أهل صنعته يمكن أن ينسج دفعتين.

ومنه ما لا يمكن تكراره كالولادة والنتاج ونسج ثوب القطن.

فصل: إذا تعارضت البينتان وأمكن الجمع بينهما جمع، وإن لم يمكن رجع إلى الترجيح إن أمكن والترجيح يحصل بوجوه.

الأول: لازيادة فى العدالة المشهور الترجيح بذلك. قال ابن عبد السلام: وروى عن مالـك أنه لا يرجح بها وعلى الأول فـلابد من حلف من زادت عدالة بيـنته، وفى «الموازية»: لا يحـلف بناء على أن زيادة العـدالة هـل هى بشـاهد واحـد أو بشاهدين؛ من «التـوضيح»، ولا يرجع بكثرة العدد على المشـهور، وروى مطرف وابن الماجشون أنه يرجح بكثرة العدد عند التكافـؤ فى العدالة، إلا أن يكثروا كثرة يكتفى بهم فـيما يراد من الاسـتظهار والآخرون كثـيرون جدًا، فـلا تراعى الكثرة حينئذ، وإنما يقع الترجيح بمزية العدالة دون مزية العدد.

تنبيه: قال ابن عبد السلام: من رجح بزيادة العدد لم يقل به كيفما اتفق، وإنما اعتبره مع قيد العدالة.

الثانى: قوة الحجة، فيقدم الشاهدان على الشاهد واليمين، وعلى الشاهد والمرأتين إذا استووا فى العدالة؛ قاله أشهب، وقال ابن القاسم: لا يقدمان، ثم رجع ابن القاسم لقول أشهب، قال ابن القاسم: ولو كان الشاهد أعدل من كل واحد منهما حكم به مع اليمين وقدم على الشاهدين وقال ابن الماجشون ومطرف: لا يقدم، ولو كا أعدل أهل زمانه وهو أقيس، لأن بعض أهل المذهب لا يرى اليمين مع الشاهد.

الثالث: اشتمال إحدى البينتين على زيادة تاريخ المتقدم أو سبب ملك مرجح، مثل أن تشهد بينة أنه ملكه منذ سنة وتشهد الأخرى للآخر أنه ملكه منذ سنتين، فتقدم السابقة، وأما سبب الملك فمثل أن تذكر إحدى البينتين سبب الملك من نتاج أو زراعة وتكون شهادة البينة الأخرى مطلقة لا تذكر سوى مجرد الملك، فإنه يرجح من ذكر السبب.

تنبيه: حكى القرافى فى كتاب «الأحكام فى تمييز الفتاوى عن الأحكام» فى السؤال السابع والثلاثين: أن مذهب المالكية أنه لا يحكم بأعدل البينتين عند التعارض إلا فى الأموال خاصة.

فرع: إذا شهدت بينة بملكيته بالأمس مثلا، ولم تتعرض للحال لم تسمع، حتى يقولوا: ولم تخرج عن ملكه فى علمهم وفى «المدونة» فى«كتاب العارية»: وإن شهدوا أن الدار له ولم يقولوا لا نعلم أنه باع ولا وهب فإنه يحلف على البت لا باع ولا وهب، ولا تصدق ويقضى له، وقال أشهب مثله: إن لم يقدر على سؤالهم، وإن وجدوا سئلوا، وقال ابن القاسم: فإن أبوا أن يقولوا ما علموه باع ولا وهب ولا تصدق فشهادتهم باطلة، انظر تمام المسألة فى «ابن عبد السلام».

فرع: وإذا شهدت بينة لرجل بأن فلانًا أقر لخصمه منذ كذا بهذا الشئ المتنازع فيه فإنه يقضى للمشهود به، ويكتفى بهذه الشهادة، وإن لم تقل الشهود ولا نعلم خروج ذلك عن ملكه إلى الآن لأن حكم الإقرار مستصحب، فعليه بيان صحة ما يدعيه بعد ذلك بشراء من المشهود له أو بغير ذلك من أسباب الإملاك.

فرع: وكذا لو قال أحد الخصمين كان هذا الشئ المتنازع فيه ملكًا بالأمس لخصمى، فذلك إقرار منه لخصمه، فيحكم عليه بإقراره ويستصحب حكم الإقرار كالفرع السابق.

فرع: وكذلك لو شهد شاهدان أن أحد الخصمين اشتراه من الآخر فقد حصل زوال ملك البائع عن المبيع.

فرع: لو شهد شاهدان أنه كان فى يد المدعى أمس لم يأخذه من شهد له بذلك، لأن كونه فى يده لا يدل على أنه ملكه ولا أنه مستحق له بوضع يده عليه.

فرع: ولو شهد شاهدان أن أحد الخصمين غلب الآخر على ما فى يديه، فإنه يحكم على هذا الغالب بأن يرده إلى المغلوب عليه، ويكون هذا المردود إليه صاحب يد، وهو أعم من الملك ولا يشهدون بأنه ملك.

فرع: ولو شهدت إحدهما بالملك وشهدت الأخرى بالحوز، قدمت بينة الملك لأن الملك أقوى، والحوز قد يكون لغير ملك فيقضى ببينة الملك،وإن كان تاريخ الحوز متقدمًا.

فرع: وتقدم البينة الناقلة على المستصحبة ومثالها أن تشهد بينة أن هذه الدار لزيد بناها منذ مدة ولا يعلمونها خرجت عن ملكه إلى الآن، وتشهد البينة الأخرى أن هذا اشتراها منه بعد ذلك فالبينة الناقلة علمت والمستصحبة لم تعلم، فلا تعارض بين الشهادتين.

فصل: وإذا لم يكن الترجيح بين البينتين سقطتا وبقى المدعى فيه بيد حائزه مع يمينه، فإن كان بيد غيرهما، فقيل: يبقى بيده وقيل: يقسم بين مقيمى البينتين لاتفاق البينتين على إسقاط ملك الحائز وإقرار من هو بيده لأحدهما فينزل منزلة اليد للمقر له.

*****

الباب الخامس والعشرون

فى القضاء بقول المدعى لرجحانه بالعوائد وقرائن الأحوال أو لاتصافه بالأمانة أو غير ذلك من وجوه الترجيح

ونذكر فى هذا الباب نبذة يسيرة على وجه المثال:

مسألة: يقبل قول المرأة فى الإصابة إذا خلا بها خلوة اهتداء، ويحكم عليه بالصداق وإن كان منكرًا للوطء، لأن الخلوة بها أول مرة يشهد العرف والعادة أن الرجل لا يفارق المرأة حتى يصل إليها، وهل يلزمها يمين أم لا؟ قولان، وفى خلوة الزيارة خلاف، قيل: القول قولها، قال ابن أبى زيد: وهو الأشبه، وقيل: قول الزائر منهما وهو المشهور، وقيل: القول قول الثيب وينظر النساء البكر.

مسألة: إذا أقر الوصى أنه قبض من الغرماء ما عليهم وضاع صدق، وإن لم تقم له بينة على الدفع لكونه قائمًا مقام أبيهم فى الشفقة والأمانة.

مسألة: وإذا أقر الأب أنه قبض النقد من صداق ابنته من الزوج وادعى تلفه، فروى أصبغ عن ابن القاسم أن الأب مصدق، وإن كان قبضه بغير معاينه البينة يبرأ الزوج ويدخل بزوجته، وكذا الوصى. قال ابن العطار وغيره: ويلزم الأب اليمين لحق الزوج فى تجهيز زوجته به.

مسألة: إذا ادعى المعترض أنه وطئ زوجته فالقول قوله مع يمينه، وقيل: بغير يمين؛ قاله مالك فى «الواضحة»، وقيل: ينظر النساء البكر والأول هو المشهور.

مسألة: إذا ادعت المرأة أنها ولدت هذا الولد فالقول قولها بخلاف الأمة.

مسألة: يقبل قول الوصى فيما أنفق على اليتيم إذا أشبه قوله الصّدق، وقيل: يقبل قوله فيما أنفق فى عمارة ربعه وبستانه إذا أشبه الصدق.

مسألة: يقبل قول الزوج أنه أنفق على زوجته إذا كان مقيما معها وادعت أنه لم ينفق عليها لشهادة العرف له.

مسألة: يقبل قول المرأة أنها انقضت عدتها ولا يمين عليها إذا كان الزمن ممكنا، وإن كان على خلاف عادتها.

مسألة: إذا ادعت المرأة أن عدتها انقضت بسقط قبل قولها، وإن كان ذلك بعد الطلاق بيوم ولا يمين عليها، ولا يلتفت إلى تكذيب الجيران لها.

مسألة: يقبل قول الأمة أن هذا الولد الذى معها ولدها فلا تجوز التفرقة بينهما فى البيع، ولا يعمل بقولها فى الميراث فلو عتقا لم يتوارثا بدعواهما.

مسألة: إذا أخيف غرق المركب وطرح منه ما يرجى به سلامته فالقول قول المطروح متاعة فيما يشبه، وقال ابن القاسم: هو مصدق مع يمينه فى ثمن متاعه المطروح، ما لم يأت بما يستنكر، وقال سحنون: لا يمين عليه إلا أن يتهم فيحلف.

مسألة: إذا ادعى المساقى أنه دفع لرب الحائط الجزء الذى ساقاه عليه، وقال رب الحائط بعد فراغ المساقاة: لم يدفع العامل لى شيئا، فقال مالك: إن كان قد جذ الثمرة فلا شيء له، وعلى العامل اليمين كان بقرب الجذاذ أو بعده، وكذلك لو جذ بعضها رطبا والباقى تمرا فقال قبل جذاذ الثمرة لم يدفع لى شيئا من الرطب ولا من ثمنه، فالعامل مصدق مع يمنه، قال ابن يونس: لأن حقه فى عين الثمرة لا فى ذمة العامل لجريان العادة بدفع ذلك بغير إشهاد.

مسألة: من حاز شيئا مدة تكون الحيازة فيه معتبرة والمدعى حاضر ساكت، وليس له عذر فى سكوته، ثم يقوم على الحائز ويدعى عليه، فادعى الحائز الشراء كان القول قوله مع يمينه.

مسألة: وإذا ادعى المودع رد الوديعة فالقول قوله مع يمينه وهو مدع، وإنما ترجح قوله لأنه أستأمنه والأمين مصدق.

مسألة: وكذلك لو ادعى البائع أنه باع بالدراهم، وقال المشترى بل بسلعة فالقول قول البائع لقوة قرينة صدقه، لأن الدراهم هى الأثمان وبها يقع البيع.

مسألة: إذا باع السمسار سلعة فوجد المشترى بها عيبا فسأل السمسار عن السلعة، فقال: لا أعرفه حلف أنه ما يعرفه.

مسألة: إذا وضعت الجارية المستبرأة عند المشترى واستأمنه عليها البائع، فقال: بعد شهرين أو ثلاثة لم تحضن، أو ماتت، صدق فى ذلك وكان القول قوله.

مسألة: ومن دفع ثوبا إلى رجل يخيطه له بلا أجرة والرجل ليس من الصناع الذين نصبوا أنفسهم للناس بالأجر، فادعى ضياع الثوب من عنده فلا ضمان عليه وعليه اليمين أنه ضاع من غير الزيادة.

مسألة: إذا ادعىٰ المضروب ذهاب جميع سمعه أو جميع بصره فالقول قوله بعد الاختبار بما يمكن، ويصدق مع يمينه لأنه لا يمكن التوصل إلى صدقه إلا من قوله.

مسألة: ومن ادعى أنه أمن رجلا من أهل الحرب فإنه يقبل قوله وإن لم يكن له بينة على تأمينه، هذا قول ابن القاسم، وقال سحنون: لا يقبل إلا ببينة.

مسألة: وإذا ادعت المرأة الغريبة الطارئة من بلد بعيد أنه لا زوج لها فالقول قولها ويزوجها الحاكم إذا لم يطمع فى الوقوف على حقيقة دعواها.

مسألة: وإذا قدمت امرأة مبتوتة وادعت أنها تزوجت قبل قولها وحل للذى طلقها أن يتزوجها.

مسألة: إذا ادعى المأمور أنه تصرف كما أمره الموكل فقال الموكل: لم تتصرف بعد فالقول قول المأمور لأنه أمين.

مسألة: ولو قال المأمور بعت السلعة بعين، وقال الآمر أمرتك أن تبيعها بعرض، فالمأمور مصدق، لأن من باع بعين فالأصل يعضده، لأنها القيم التى يتبايع الناس بها غالبا.

مسألة: وكذلك لو أمره الموكل ببيع سلعة أو شرائها وادعى المأمور أنه دفع ذلك إلى الأمر فالقول قول المأمور، وكذلك القول قول الوكيل فى ضياع الثمن.

مسألة: وإذا ادعى المستأجر أنه رد ما استأجره من العروض فهو مصدق لأن يده يد أمانه قبض ذلك ببينة أو بغير بينة، رواه أصبغ عن ابن القاسم.

مسألة: إذا ادعى الغاصب أنه غصب الثوب خَلَقاً، وقال ربه: بل جديدا، فالقول قول الغاصب مع يمنه، وإذا حلف أدى قيمته.

فصل

فى تصديق المدعى عليه والرجوع إلى قوله

مسألة: إذا اختلف المبتاع والشفيع فى مرور السنة وانقضائها بعد البيع ولا بينة فالشفيع مصدق مع يمينه، وهو مدعى عليه، لأن الشفعة قد وجبت له والمشترى مدعٍ لتاريخ يسقط ما ثبت له منها، فلا يقبل قول البائع فى ذلك.

مسألة: وكذا من اشترى أرضا، ثم قام عليه فطلبها بالشفعة، فزعم المشترى أنه اشترى شيئا مقسوما، وقال الشفيع إنها لم تقسم فالقول قوله لأنه مدعى عليه.

مسألة: إذا وهب رجل رجلا هبة مطلقة وادعى أنها للثواب، وقال الموهوب لغير الثواب حكم بالعرف مع اليمين، فإن أشكل فالقول قول الواهب مع يمينه.

مسألة: لو باع الوكيل السلعة، وقال: بذلك أمرتنى، وقال ربها: إنما أمرتك برهنها، فالقول قول رب السلعة فأتت أو لم تفت.

مسألة: لو اشترى المأمور السلعة بعشرين فقال الآمر: ما أمرتك إلا بعشرة، فالقول قوله مع يمينه، ويغرم الوكيل العشرة لرب السلعة هذا هو المشهور.

مسألة: وكذلك لو باع المأمور السلعة بعشرة، وقال الآمر: ما أمرتك إلا باثنى عشر، فالقول قول الآمر مع يمينه، فإن نكل فليس له إلا العشرة. ولا يحلف المأمور، وقيل: يحلف فإن نكل غرم.

مسألة: إذا اختلف الزوجان فى عدد الصداق بعد البناء فالقول قول الزوج مع يمينه، قال ابن القاسم: لأنها مكنته من نفسها فصارت مدعية عليه، وهو مقر لها بدين فالقول قوله مع يمنه، وإن نكل فالقول قولها مع يمينها هذا هو المشهور.

مسألة: إذا ادعت المرأة أن بزوجها جنونا وأنكره فالقول قوله، وعليها البينة.

مسألة: إذا ادعى المشترى الإقالة فأقر له البائع بذلك وزعم أنه أقاله على أن يرد عليه أقل من الثمن الذى دفع إليه فلا يقبل قوله إلا ببينة، وعلى المشترى اليمين أنه ما أقاله إلا بمثل الثمن.

مسألة: لو قال من بيده الدار أعرتنى هذه الدار وقال ربها: بل بعتكها فالقول قول مدعى العارية مع يمينه.

مسألة: إذا تداعى رجلان فى عقد البيع هل كان أو لم يكن فالقول قول المدعى عليه البيع أو الشراء، ولا يمين على المدعى عليه إن كانت السلعة بيد صاحبها.

مسألة: إذا أشهد البائع بقبض الثمن ثم قال: إنما فعلت ذلك ثقة بالمبتاع لم يقبل منه والمشترى مدعى عليه، فإن طلب يمين المبتاع على دفع الثمن لم يكن له ذلك.

فرع: إذا أشهد المبتاع على نفسه بأن لفلان فى ذمته كذا من ثمن كذا ثم قام بعد ذلك يطالب المبيع فهو مدع، وإشهاده بذلك مقتض للقبض عرفا والبائع مدعى عليه، فالقول قوله على المشهور، والشاذ أن القول قول المبتاع عملا بالأصل، إلا أن تكون عادة فيرجع إليها وعلى المشهور، فلو طلب المشترى يمين البائع فحكى ابن حبيب عن مالك وأصحابه نفى اليمين إلا أن يأتى بما يدل على صحة قوله أو يتهم البائع فيحلف.

مسألة: وإذا ادعى البائع أنه وجد الدراهم زيوفا فإن تقيد عليه أنها طيبة فالبائع مدع، والمشترى مدعى عليه فليس للبائع تحليف المبتاع لإقراره بقبضها من المبتاع طيبة جيادا، وإن سقط هذا من العقد حلف له المشترى، ثم إن قال المبتاع: ما علمتها من دراهمى حلف لقد دفعت له جيادا فى علمى، وما علمت هذه من دراهمى فإن حقق أنها ليست من دراهمه حلف على البت، فإن رد اليمين على البائع حلف على البت أنها دراهمه وما خلطها بسواها ولزمه بدلها، فإن كانت الدراهم لم يدفعها مالكها وإنما دفعها وكيلة ردت على الوكيل فإن عرفها الوكيل لزمت الموكل أنكرها أم لا لأن أمينه، وإن لم يعرفها الوكيل وقبلها حلف الموكل أنه ما يعرفها من دراهمه وما أعطاه إلا جيادا فى علمه ويبرأ، وللذى يردها أن يحلف الآمر ما يعرفها من دراهمه وما أعطاه إلا جيادا فى علمه وتسقط دعوى الرد، وهل يبدأ بيمين الموكل أو بيمين الوكيل فيه خلاف، واختار بعض الشيوخ أن له أن يبدأ بمن شاء منهما.

فرع: ودعوى النقص أيضا كذلك، إن تقيد على البائع أنه قبضها تامة، لم يحلف له المشترى، ولو دفع له ذلك على التصديق، فينبغى أن يكون القول قول البائع.

فرع: لو قام للميت شاهد بحق ووارثه أخرس لا يفهم ولا يفهم عنه، فقال سحنون: يحلف المطلوب ويبرأ، فإن نكل غرم.

ومسائل هذا الباب يخرج ذكرها عن المقصود، وقد استقصيت منها جملة نافعة وأفردتها فى تأليف ترجمته بـ«بروق الأنوار الموضحة لأنواع طريق الدعوى».

الباب السادس والعشرون

فى القضاء بشهادة اللوث وأيمان القسامة

اللوث بثاء ملثثة والمراد به الوجوه التى يقع بها التلويث والتلطيخ فى الدماء، وهى كثيرة، ومع كثرتها لا يتوصل بها إلى التمكن من الدماء لعظم خطرها ورفيع قدرها، فوجب الإعراض عنها إلا أن فيها ما له قوة لأجل ما احتف به من القرائن الحاملة على صدق مدعيه، ولذلك اختلف العلماء فى تعيين ما يقبل من ذلك، فعند مالك -رضى الله تعالى عنه- أن اللوث هو الشاهد العدل على معاينة القتل، ووجه ذلك أنه يقوى جهة المدعين، ولا تأثير فى نقل اليمين إلى جهة المدعين، وأخذ ابن القاسم بما قاله مالك ووافقه ابن وهب وابن عبدالحكم، وذكر ابن المواز عن ابن القاسم أن شهادة المرأتين لوث يوجب القسامة ولا يوجب ذلك شهادة امرأة واحدة، وروى ابن المواز وأشهب عن مالك أنه يقسم مع الشاهد غير العدل ومع المرأة.

قال ابن المواز عن أشهب: ولم يختلف قول مالك وأصحابه أن العبد والصبى والذمى ليس بلوث ووجه رواية أشهب وهو اختياره أنه لوث فلم تعتبر فيه العدالة، كالذى يقول دمى عند فلان، فلا يشترط فيه العدالة، بل يقبل قوله فى العمد والخطأ، ولو كان فاسقا.

وفى «تنبيه الحكام» لابن المناصف: وروى أشهب عن مالك أن القسامة لا تجب بشهادة امرأة واحدة عدل، وقيل: يقسم مع جماعة النساء والصبيان والقوم ليسوا بعدول.

فإذا وقعت القسامة بشىء من هذا على القول فيه بالجواز استحق أولياء المقتول الدم، قال: ووجه ذلك أن القود إنما وجب بمجرد القسامة عند مالك، ولا حكم للشاهد الواحد فى ثبوت القود، وإن كان عدلا، لأنه من حقوق الأبدان التى لا تستحق بالشاهد واليمين، وإنما الواحد لوث ولطخ يقوى الدعوى فى إباحة القسامة لا على جهة الشاهد واليمين الذى فى حقوق الأموال، ولذلك لا يقبل فى قسامة

العمد إلا رجـلان فصاعدا، ولا مدخل فـيها للنساء، ولا حكم للواحـد، لأنهما أقيما فى ثبوت الحق بإثباتهما مقام الشاهدين بخلاف القسامة فى الخطأ، لأنه مال.

فإذا ثبـت أن شهادة الواحـد فى ذلك لوث لا نصف شهـادة تكمل باليـمين، فكذلك قـد يكون اللوث بغيـر العدل وباللفـيف من النساء والصـبيـان لأنه لطخ شهادة.

والقسامـة فى هذا الباب أصل مخصص لنفـسه لا يعترض عليه بغـيره على ما وردت به السنة، بخـلاف سائر الحقـوق، والأصح أنه لا تجب القسـامة بشىء من ذلك، ولا يراق دم مسلم بغير العَدل.

وذكر القاضى أبو مـحمد فى «المعونة»: من أصـحابنا من يجعل شهادة العـبيد والصبيان لوثا، وبه قال ربيعة ويحيى بن سعد.

مسألة: وإذا قال الميت: دمى عند فلان، فـعند مالك أنها شبهـة يقسم الأولياء معها.

قال ابن حبيب: ولا يقسم مع قول الصبى دمى عند فلان إلا أن يكون قد راهق فيقسم مع قوله، وقال ابن حبيب: سـألت ابن الماجشون عن العبد أو الصبى يقول أحدهما عند مـوته دمى عند فلان قتلنى ويسمى رجلا حـرا، قال: أرى أن يسجن بقوله حتى يسـتبرأ أمره ويكشف عنه، فإن لم يثـبت قبله شىء حلف على دعوى العبد يمينا واحدة، وعلى دعوى الصبى خمسين يمينا.

قال ابن حبـيب: وسألت أصبغ عن ذلك فقـال: روى أشهب وابن كنانة ذلك رواية عن مالك ولست آخذ بهـا، وقول العبد هدر ولا ضرب فـيه ولا سجن ولا يمين للسـيد ولا قيـمة، إلا أنى استـحسن أن يحلف المدعى عليـه خمسـين يمينا لحرمة الدم فـإن حلف برىء وإن نكل سجن حتى يستبـرأ أمره ولا يضرب لنكوله عن اليمين، لأنهـا لم تجب عليه وجوبا تاما، وهذا فيمن لم يعـرف بالسوء، وأما المتهم فحكمه مذكور فى الأحكام الثانية من هذا الكتاب، من «النوادر».

تنبيه: وهذا الذى تقدم حكم القتل على غير وجه الغيلة، فأما قتل الغيلة فقال ابن المواز: إن شـهد عـدل أنه قـتله غـيلة لم يقـسم مع شهـادته ولا يقـبل فى هذا إلا شاهدان، قال أبو محمد: رأيت ليحيى بن عمر أنه يقسم معه؛ من «المنتقى» للباجى.

مسألة: وإذا لم يكن بالمدمى أثر جرح أو ضرب، أو لم يعرف الضرب المدمى عليه قبل ذلك، ففى «العتبية» من رواية عيسى عن ابن القاسم: أنه لا يقبل قوله إلا بالبينة على ذلك، أو بأثر بين، وقال أصبغ: يقسم مع قوله كان به أثر أو لم يكن، قال المتيطى: وبما تقدم من قول ابن القاسم العمل وبه الحكم.

تنبيه: قال غير واحد من الموثقين: ولا يجب على المدمى عليه بهذه التدمية سجن ولا شىء إذا لم يكن بالمدى أثر جرح ولا ضرب، إلا أن يموت المدمى قبل أن يظهر برؤه فيسن حنيئذ المدمى عليه، قال أبو عبدالله الباجى فى «وثائقه»: وقد روى أن العدل يسجن ثلاثة أيام وليس به عمل ولا قضاء.

فرع: وتجب القسامة فى قول مالك بقول المقتول وإن لم ير الشهود جراحا ولا أثر ضرب، وإنما سمعوا منه قوله وقوله مقبول، وقد تقدم أن رواية ابن القاسم بها الحكم وعليها العمل.

فرع: تقدم قول ابن حبيب: أن الصبى إذا كان مراهقا وجهت القسامة مع قوله دمى عند فلان، وقال ابن القاسم: لا يقسم مع قوله وهو قول أشهب.

مسألة: وقال ابن عبدالبر فى «تاريخه»: وقد كان يحيى بن يحيى يرى السجن على من أدمى عليه ويفتى به حتى نزل ذلك به فرجع عن فتواه بذلك.

وفى «أحكام ابن سهل» -رحمه الله تعالى- قال: ذكر بعض من ألف أخبار فقهاء الأندلس أن الشيخ أبا بكر بن أحمد اللؤلؤى شيخ القاضى أبى بكر ابن زرب وشيخ الفقيه أبى زمنين وغيرهما كان له حقل يجاوره حقل جاره، وكان حريصا أن يضيف حقل جاره إلى حقله فاحتال عليه فى ذلك بكل حيلة واستعمل كل وسيلة فأبى صاحبه عليه ولم يجبه إليه، إلى أن أعتل ومرض فجاءه اللؤلؤى زائرا مستعطفا محتفيا به فأظهر له الرجل السرور بعيادته والشكر على مشاركته، وأظهر من ذلك ما أطمع اللؤلؤى فى قضاء حاجته فى ذلك الحقل، فكلمه فيه ورغب إليه فى تصييره له بما رسم من ثمن أو معاوضة فأظهر له الإسعاف لما رأى منه الإلحاف، وقال له: أشهد على بذلك من شئت من الفقهاء إلى أن استقل فتبلغ ما تحبه فسر اللؤلؤى بذلك، وجاء بعدة من الفقهاء أصحابه وأدخلهم عليه وإذا به

قد أظهر انهدام القوة وضعف النطق فدنا الفـقيه وقال له: يا فلان أشهـد الفقـهـاء -حفظهم الله- على بيعك منى الحـقل فقال لهم: أشهدكم أن الفـقيه اللؤلؤى هذا قتلنى متعمدا لقتلى وأنه المأخوذ بدمى، فـإن حدث بى موت استقيدوا منه لى ففى عنقه دمى، وأنتم وهناء بالصـدق عنى فدهش الفقيه ومن مـعه وأقبل على الرجل يستثبت ذمـته ويذكره ما جرى بينه وبينه ويخوفه الله تعـالى ويعظه وسلك أصحابه سبيله فلم يرجع عن ذلك، فـخرجوا عنه وسألهم اللؤلؤى أن يتوقفـوا عليه ساعة بالباب فيخلو به، ففـعلوا وتمرد وعذله وقال له: تعصى الله فى أمرى وتدعى على بغيـر حق، فقـال له: وهل قلت إلا ما فـعلت؟ دخلت على وأنا أحسـبك عائدا مشفقا فسررت بذلك وإذا بك باغى فرصـة فلما مسستنى فى سويداء قلبى فى أمر هذا الحقل الميشـوم بما تعلم كراهيته إلى فهل أردت إلا قتلى إذ طلبـت أخذ كريمة مالى؟ فـاعتذر إليـه اللؤلؤى، وقال: أنا تائب مـعترف بخـطئى، فاتق الله وراجع عقلك، وارجع عما عقدته، فمـا تدرى ما يئول حالك إليه، فعند ذلك أجابه إلى ذلك، وقـال: أما وقـد صرت إلى هذه الإنابة فـاحلف بالأيمان اللازمـة أنك لا تلتمس هذا الحقل فى حياتى ولا بعد مماتى، ولا تسعى لملكه ولا تصيره إليك ببيع ولا غيره، وأن تحـرمه على نفسك ولو صار إليك بالميـراث أو غيره، وأنك لا تهم مع ذلك بمساءة ولا تحـقد على ذلك ولا على ذريتى، فـحلف له على ذلك وتوثق منه فيه فعند ذلك أذن له بإدخـال الشهود الفقهاء عليه، فلمـا دخلوا عليه أشهدهم أنه قد عفا عنه لله تعالى وأهدر عنه تبعة دمه لله تعالى، فقال له اللؤلؤى: إنما أريد أن تكذب نفسك وتعـود إلى الحق فقال له هذا هو الحق فـإن أقنعك هذا وإلا فأنا على ما عقدته عليك، فرضى منه اللؤلؤى بذلك، وتوثق منه بالإشهاد عليه واتخذ حديثه موعظة اعتقد بها أن لا يفتى بتدمية بعدها..

فرع: وفى «المتيطية»: والتدمية على عـين المدعى عليه أتم، فإن لم يحضر وكان المدعى عليه معروف العين مشهورا أو عرفه شهود التدمية فذلك أيضا تام.

فرع: وإذا ثبتت التـدمية ولم يُبرأ مما به فى علم الشـهود وأثبت القائم بالتـدمية وكالة المدمى، وشهـد على عين المدمى عليه لمعرفتـهم به أو بتعريف المدمى لهم به فى التدمية عليه على عينه، وجب سجـن المدمى عليه على القول المشهور المعمول

به حتى يبرأ المدمى فيطلق، أو يموت المدمى على تلك الحال قبل أن يصح صحة بينة فيقسم الورثة ويستقيدوا بعد ثبوت التدمية وموته وعدة ورثته.

فرع: وإذا اضطرب قول الجريح فرمى رجلا ثم برأه ورمى آخر، فقال ابن القاسم وأصبغ وأشهب: لا يقبل منه فى الأول ولا فى الآخر، وبهذا جرى الحكم وعليه الفتيا، وقال ابن الماجشون: يقبل قوله، ويؤخذ بآخر قوليه، وإن رجع إلى طلب الأول فالقول قوله.

فرع: قال أصبغ: فإن قال بى فلان ليس بى غيره فلا سبيل إلى من رماه بعده، وإن لم يقل ليس بى غيره فالأول والآخر سواء، يقسم ولاة الدم على أحدهما إن شاءوا، فيقتل ويجلد الآخر مائة ويحبس سنة، قال ابن حبيب: والقول الأول أحب إلى.

فرع: فإن ادعى على رجل وشهدت البينة أنه كان ذلك اليوم ببلد بعيد لا يصل منه فى تلك المدة إلى موضع المدمى سقطت التدمية، وتبين كذب المدعى، وكانت الشهادة أعمل؛ قاله ابن القاسم وعبدالله وغيرهما.

مسألة: ومن اللوث الذى يوجب القصاص لو شهد شاهدان أنهما رأيا رجلا خرج مستترا من دار فى حال ريبة فاستنكرا ذلك، فدخل العدول من ساعتهم الدار فوجدوا قتيلا يسيل دمه ولا أحد فى الدار غيره وغير الخارج، فهذه شهادة جائزة يقطع الحكم بها، وإن لم تكن على المعاينة قال ابن القاسم: لو رأى العدول المتهم يجرد المقتول ويعريه وإن لم يروه حين صابه فإن هذا لوث تجب معه القسامة.

مسألة: وفى «الجلاب»: وإذا وجد رجل مقتول ووجد رجل بقربه معه سيف أو فى يده شيء من آلة القتل وعليه آثار القتل، فذلك لوث يوجب القسامة لولاته.

فصل

فى القسامة

قال ابن راشد: والقسامة موجبة مع اللوث للقتل فى العمد والدية فى الخطأ، ولا قسامة فى الأطراف ولا فى الجراح ولا فى العبيد ولا فى الكفار، وصفة

القسامة أن يحلف الأولياء خمسين يمينا إن فلانا قتل ولينا فلانا أو أنه ضرب ومن ضربه مات إن كان قد عاش بعد ذلك ويقتصر على قوله بالله الذى لا إله إلا هو، وقال المغيرة يزيد الرحمن الرحيم ويحلفون فى المدينة النبوية عند المنبر وفى غيرها بالجامع قياما دبر الصلاة بمحضر الناس، ويؤتى إلى المساجد الثلاثة من مسيرة عشرة أيام وإلى سائر الأمصار من مسيرة عشرة أميال.

مسألة: ويحلف فى العمد من له القصاص من الرجال المكلفين ويحلف فى الخطأ المكلفون من الورثة رجالا ونساء على قدر ميراثهم.

فرع: ولا قسامة فيمن ليس له وارث إذ تحليف بيت المال غير ممكن.

مسألة: ولا قسامة إلا بنسب أو ولاء، ولا يقسم من القبيلة إلا من التقى معه فى نسب ثابت.

فرع: ولا يقسم المولى الأسفل، ولكن ترد الأيمان على المدعى عليه فيحلف خمسين يمينًا فإن نكل سجن أبدا حتى يحلف أو يموت.

مسألة: إذا كان القتل خطأ وكان الوارث واحدا حلف خمسين يمينا متوالية واستحق الدية وكان ذكرا، أو نصفها إن كانت أنثى، أو ثلثيها إن كانتا اثنتين، وإن كانوا جماعة وزعت عليهم على قدر مواريثهم، فإن ترك ذكرا وأنثى حلف الذكر ثلثى الخمسين والأنثى ثلثها فإن ترك ابنة وعصبة حلفت البنت نصفها والعصبة نصفها فإن غاب الولد أو العصبة لم تأخذ الإبنة حظها إلا بعد أن تحلف خمسين يمينا، فإذا قدم الغائب حلف ما يخصه أو لو كان حاضرا أو أخذ نصيبة.

مسألة: وإذا وزعت الأيمان فبقى كسر جبر على أكثرهم حظا منه، وقيل: على أكثرهم حظه من الأيمان.

مثال ذلك: أن يترك زوجات وبنات وأخوات فعلى الزوجات ستة أيمان وربع يمين، وعلى البنات ثلاث وثلاثون وثلث، وعلى الأخوات عشرة أيمان وثلاثة أثمان وثلث ثمن.

فهل تجبر اليمين المنكسرة على الأخوات لأن حظهن من الكسر أكثر، أو على البنات لأن حظهن من الأيمان أكثر، اختلف فى ذلك فيبقى على الزوجات ستة،

فإن كن أربعا حلفن يـمينين على مذهب ابن القاسم، وعلى مـذهب أشهب يمينا يمينا، ثم يحلف اثنتان منهن يمينا يمينا، ويبقى على البنات ثلاث وثلاثون إن قلنا إن الأخوات يجبرن الكسر.

فإن كانت البنات عشرا حلفن ثلاثا ثلاثا ثم يحلف ثلاث منهن يمينا يمينا على مـذهب أشهب، وعلـى مذهب ابن القـاسم: يحلفن أربعـا أربعـا، ويكون على الأخوات إحـدى عشرة إن جبـرت اليمين المنكسـرة عليهن، فإن كن عشـرا فعلى مـذهب ابن القاسم يحلـفن يمينين يمـينين، وعلى مـذهب أشهـب يمينا يمـينا، وتحلف واحدة يمينا، فإن وقع تشاع فيمن يحلف اليمين الزائدة فقال ابن كنانة: لا يجبر الإمـام عليها أحدا، ويقـال لهن: لا نعطى واحدة منكن شيـئا إلا أن تحلفوا بقية الأيمان، ويشبه أن يقول أشهب مثل ذلك ويشبه أن يقرع بينهن.

فرع: ولو كان عددهم أكثر من خمسـين اجتزئ منهم بخمسين على مذهب ابن القاسم وأشهب، وعن ابن الماجشون أنهم يحلفون كلهم يمينا يمينا.

مسألة: لا قسامة لأهل الذمة وإن تحاكموا إلينا ولا يقسم مع قول النصرانى دمى عند فلان، قـال ابن القاسم: لا يقبل قـول ذمى على ذمى وعلى غيره، ولا عـبد على عبد ولا على غـيره، ولا صبى على صبى ولا على كبيـر، كما ليس لواحد منهم قسامة، وعند ابن حبيب يقسم مع قول الصبى المراهق؛ ورواه مالك.

فرع: وإن قال العـبد: دمى عند فلان الحـر، فلا يحلف سيـده ليستـحق دمه، واستحسن أن يحلف المدعى عليه إن كان حرا، قـال أشهب: يحلف خمسين يمينا ويبـرأ، ويضرب مـائة ويسجن سنة، فـإن نكل حلف سيـد العبـد يمينـا واحدا، واستحق قيمة عبده مع ضرب مائة وسجن سنة، وقال ابن القاسم: يحلف المدعى عليه يمينا واحـدة ولا قيمة عليـه، ولا يضرب ولا يسجن، فإن نكل غرم القـيمة وضرب مائة وسجن سنة.

مسألة: وإن كان القتل عمدًا، حلف أولياء الدم إن كـانوا اثنين فصاعدًا خمسين يمينًا مـتوالية على الـبت فبالمسـجد الجامع، أو عند المنبـر كما تقـدم، ولا مدخل للنساء فى العمد، وتوزيع الأيمان عليهم على عدد رءوسهم ويستحقون الدم، فإن شاءوا قتلوا وإن شاءوا عفوا.

فرع: ويبدأ أولياء الدم باليـمين، ولهم أن يستعينوا من عـصبة الميت بمن يحلف معـهم وإن لم تكن لهم ولاية فى الدم، مثل أن يتـرك الميت بنين وإخوة وعمـومة فالولاية للبنين، فإن شاءوا حلفوا وإن شاءوا أدخلوا مـعهم إخوة الميت وعمومته، فحلفوا عنهم أو حلفوا معهم.

فرع: وإن كان ولى الدم واحدًا لم يحلف وحده فى العـمد، ولكن يستعين من عصبة الميت بمن يحلف معه.

فرع: وفى الرابع من أحكام الدمـاء من «النوادر»: أن أيمـان القـسامـة ترد فى العمد على المدعى عليه، وكذلك فى الخطأ، وقـال ابن الماجشون: لا ترد القسامة فى الخطأ على أحـد، لأنها لا ترد على معـروفين ولا على من حق علـيهم حق، لأن الدية إنما تجب يوم تعـرض ، قـال ابن المواز: وقـول ابن القـاسم بالرد أحب إلى، فكما طلبوا ليـغرموا كذلك يطلبون ليـحلفوا، وروى ابن وهب أنها ترد على المدعى عليه، فـإن نكل لم يلزم عاقلته شىء بنكوله قـال ابن القاسم: ومن خلف من العاقلة برئ، ومن نكل غـرم قدر ما يصيـبه، ومسائل القـسامة محلهـا كتب الفقه.

*****

الباب السابع والعشرون

فى القضاء بأيمان اللعان

حقيقة اللعان: يمين الزوج على زوجته بزنا أو نفى حملها أو ولدها، ويمين الزوجة على تكذيبه وسميت أيمانها لعانًا لأن فيها ذكر اللعن، ولكونها سببًا فى بعد كل واحد من صاحبه.

وصفتها: أن يقول أربع مرات أشهد بالله، وقال محمد: يزيد الذى لا إله إلا هو، فإن كان ادعى الرؤية فليقل أشهد بالله الذى لا إله إلا هو، إنى لمن الصادقين لرأيتها تزنى زنا كالمرود فى المكحلة، يقول ذلك أربع مرات، ثم يقول فى الخامسة لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين، ثم تقول المرأة أربع مرات: أشهد بالله الذى لا إله إلا هو إنه لمن الكاذبين، وما رآنى أزنى، ثم تقول فى الخامسة إن غضب الله عليها إن كان من الصادقين.

فرع: فإن لاعن لنفى الحمل، واعتمد على الرؤية وحدها على أحد الأقوال زاد فى الأربع، وما هذا الحمل منى، وتزيد المرأة وأن الحمل منه.

فرع: ويقول فى اللعان إذا اعتمد على الاستبراء وحده على أحد القولين إنى لمن الصادقين، لقد استبرأتها من كذا، فإن اعتمد عليهما معًا ذكرهما معًا فى الأربع الأيمان.

فرع: وإذا لاعن من دعوى الغضب، قال أشهد بالله الذى لا إله إلا هو، ما هذا الحمل منى وإنى لمن الصادقين. قال فى الخامسة وأن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين، وتقول المغتصبة إذا التعنت لنفى الولد: أشهد بالله الذى لا إله إلا هو، ما زنيت ولا أطعت، وتقول فى الخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين.

فرع: ويتعين لفظ الشهادة ولفظ اللعن والغضب بعدها.

فرع: وفى «معين الحكام»: والحرة المسلمة التى لم تبلغ المحيض، وقد جومعت تلاعن زوجها لأن من قذفها يحد.

فرع: فلو بدأت المرأة باللعان، فقال ابن القاسم: لا تعاد، وقال أشهب: تعاد.

فرع: ويجب أن يكون فى أشرف أمكنة البلد عند المنبر فى المدينة وعند الركن فى مكة، وعند المحراب فى غيرهما فى الجامع الأعظم، ويكون ذلك بحضور جماعة أقلها أربعة، وهل يكون فى إثر صلاة؟ قولان، والمختار أن يكون بعد صلاة العصر.

فرع: ولا يحكم باللعان إلا بعد ثبوت الحمل، بشهادة امرأتين وثبوت الزوجية، إن كان من أهل المصر، فإن لم يثبت ذلك عند الحاكم حد، وإن لم يكونا من أهل المصر مكنه من اللعان.

فرع: وتحلف الذمية فى كنيستها لا فى المسجد.

فرع: ويحلف المريض بموضعه بمحضر عدول يبعثهم الحاكم.

فرع: وتؤخر الحائض بعد لعان زوجها حتى تطهر.

تنبيه: ولا يكون اللعان إلا بمجلس الحاكم أو فى مجلس رجل من الفقهاء بأمر الحاكم.

مسألة: وتقع الفرقة بينهما بتمام التحالف دون حكم حاكم؛ قاله مالك وابن القاسم وقال ابن حبيب: لا تقع حتى يفرق الإمام بينهما، وقال ابن نافع: يستحب له أن يطلقها ثلاثًا عند فراغه من اللعان، فإن لم يفعل أجريا على سنة الملاعنين أنهما لا يتناكحان أبدًا، وقال ابن لبابة: إن لم يفعل طلقها الإمام عليه ثلاثًا، ولم يمنعه من مراجعتها بعد زوج، وفى «كتاب ابن شعبان»: وفرقة المتلاعنين ثلاثًا، ويتزوجها بعد زوج آخر، وفى «الجلاب»: فرقة المتلاعين فسخ بغير طلاق والمشهور ما قدمنا عن مالك وابن القاسم، والله سبحانه وتعالى أعلم.

*****

الباب الثامن والعشرون

فى القضاء بالاتهام وأيمان التهمة

مسألة: وفى «الطرر»: لا يجوز للمرتهن أن يكرى الرهن من قريب الراهن، ولا من أحد من سببه، ولا لصديقه الملاطف، ولا لأحد يتهم أن يكون اكترى ذلك لرب الدار، فإن إكراه من أحد من هؤلاء، ثم إكراه من صاحب الدار خرج الرهن من أن يكون رهنًا للتهمة الداخلة فيه من إجارته ممن يتهم عليه ونحوه فى كتاب الرهن من المختلطة.

مسألة: وفى «أحكام ابن سهل» فيمن أشهد وهو صحيح، أنه اشترى لابنه هذه الدار بألف دينار من ابنه فى زعمه، وأشهد أنه إنما يكريها ويغتلّها له وباسمه، ثم يموت على ذلك وهو صغير فى حجره، ولا يعلم لابنه مال من وجه من الوجوه، فهو توليج وهى ميراث بين الورثة.

فرع: قال وكذلك لو أقر عند موته أن هذا لابنه مما ورثه عن أمه ولا بينة فيه، قال ابن القاسم: فإن كان يعرف لها مال أو عرض وكان أمرًا بينا قبل قوله وإلا لم يجزه.

مسألة: ومن أشهد فى صحته أنى بعت منزلى هذا من امرأتى أو ابنى بمال عظيم، ولم ير أحد من الشهود الثمن، ولم تزل الدار بيد البائع إلى أن مات، قال: لا يجوز هذا، وليس هذا بيعًا، وإنما هو توليج وخديعة ووصية لوارث.

قال ابن راشد: وقد قالوا فى الأب يبيع من بعض ولده ملكًا، ثم يقوم إخوته بعد موت أبيهم يدعون أنه توليج من أبيهم، إن كتب فى الوثيقة قبض الثمن بالمعاينة فلا يمين على الابن، وإلا ففى اليمين ثلاثة أقوال ثالثها: إن أثبتوا ميل أبيهم إليه دونهم حلف وإلا فلا.

وصفة الشهادة بالتوليج أن يقول الشهود حضرنا وقت العقد بينه وبين الأب، وإنما أظهر البيع وأضمر الوليجة، ولا يثبت التوليج إلا بإقرار المولج إليه، وأما إن شهدوا على إقرار الأب فلا يلزم الولد إلا اليمين.

فرع: وقال ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون فيمن باع ولده الصغير أو الكبير أو أجنبيًا داره التى يسكن بثمن ضعيف مثل أن يبيعها بعشرة وهى ثمانمائة، ولا تزال فى يده حتى يموت، قال: ليس هذا بيعًا وهو من باب العطية التى لم تقبض وهى باطلة، وترد الدنانير إلى ربها وهو فى الأجنبى أبعد تهمة إلا أن ذلك كله لا يجوز وهو مردود ما لم يشبه أن يكون ثمنًا أو مقاربًا، أو مشكلاً فيمضى على جهة البيع.

فرع: وعن سحنون فى كتاب كتبه إليه شريح القاضى، فيمن باع أربعة نفر من بعض ورثته شيئًا بمائة دينار، وقبض خمسة دنانير بمحضر البينة، وشهد أنه قبض الجميع، أو كان المشترى أجنبيًا فكتب إليه سحنون ينظر الحاكم، فإن استراب أمرًا وخاف أن يكون عمل على مالا ينبغى نظر فيه، وكشف وسأل والفعل فى المرض أضعف ، فلما أن صح الأمر ولم يكن الدافع معروفًا، ولا عرفت البينة إلا أنه محدود فى كتاب الشراء، فلا يجوز البيع إلا أن يكون فى الكتاب إبرار المشترى بالقبض والمعرفة، فينظر فيه؛ من «ابن سهل».

مسألة: وإذا أقر الرجل لزوجته فى صحته عند الإشهاد، ففى «الطرر» أن إقراره وإشهاده وعدم إشهاده سواء، وهو فى «العتبية» من سماع أشهب، وقال ابن زرب: ذلك لها وتصح الشهادة لها بذلك ولابد لها من اليمين، وحكى أن بعض الشيوخ كان يفتى أنه لا يمين عليها، إلا أن يحقق الورثة عليها ما تجب به عليها اليمين، وضعفه ابن زرب، وقال: لابد من اليمين، وهذا كله كما تقدم إذا كان فى صحته حين الإشهاد فتأمل ذلك، وأفتى ابن زرب فى ذلك فقال: أما ما كان من زيها فإنها تأخذه بلا يمين، وأما ما كان من زيه أو من زيهما فلا تأخذه إلا بعد يمينها.

وأفتى ابن وضاح فى ذلك أن ذلك عامل إلا فى ذهب أو فضة دنانير أو دراهم، وما كان من ثيابه أو زيه أو عروض أو طعام فهو موروث، إلا أن يعين ذلك فى صحته، ويعاين الشهود ذلك، وفى موضع آخر من «الطرر»: إذا حضر الرجل الوفاة وكان له مال مثير عريض، فذكر أن جميع ذلك لامرأته من مالها، فإن كان لا يتهم صدق وإن كان يتهم على ذلك نظر فيه، لأن إقراره لم يتهم عليه وصية منه، لأنه لما علم أن وصيته لا تجوز جعلها إقرارًا.

مسـألة: وفى «أحكام ابن زياد» فى رجل تردد علـى القاضى مـشتكيًـا برجلين عدلين حـينًا، ثم قام رجل يدعى على المشـتكى بالرجلين دعوى، فسـأله القاضى بينة على دعواه، فسمى الرجلين اللذين اشتكى بهـما المطلوب، فقال له القاضى: هل لك غيرهما؟ فقال: لا، فاستراب القاضى من ذلك وسأل الفقهاء فأجابوه بأن التثـبيت فى الشهـود من أولى الأشياء وأحـقها، لما ظـهر من كثـير من الناس من الشهادة بغيـر الحق، المعروفين بالفضل والخير واستـقامة الطريقة على طول الأيام، ومن «المدونة» أن شهادة مثل هؤلاء لا يسقطها إلا التجريح بالعداوة؛ انظر «أحكام ابن سهل».

مسألة: ومن أقر بمقتل خطأ فإن اتهم أنه أراد غناء ولد المقتول، كالأخ والصديق لم يصدق، وإن كان مـن الأباعد صدق إن كان ثقة مـأمونًا، ولم يخف أن يرشى على ذلك.

مسألة: ولو كان تحت يد الأب لولده أو الوصى لمحجوره مال، وعلى اليتيم دين فادعى الأب أو الوصى نفاد المال الذى تحت يده، ولم يعلم نفاده واتهم على كتمه فإنه لم يقبل قوله، ويحبس حتى يتبين صدقه.

مسألة: لو أقر لولده بدين لا يعرف سببه لم يجز له، قال ابن حبيب: وهو قول علمائنا، ولو قال اشهدوا أن لولدى على مائة دينار من كذا وكذا ولا يعرف ذلك، فلا يجوز إلا أن يأتى بأمر يعرف له به مال وذلك لأجل التهمة فى ذلك.

تنبيه: قال ابن القاسم فى «المدونة»: إقراره بدين لوارث فى الصحة جائز، وإنما يتهم فى إقـراره فى المرض إلا فى الزوجة إذا كان الذى بينه وبينهـا متفاقـمًا، وأما إقراره فى الصحة لوارث فرواية أصبغ جوازه كما فى «المدونة»، قال أصبغ: إلا أن يقر لولد له رضـيع، ولا يعرف بكسب ولا فائدة من ميراث دخـل عليه صارا إلى أبيه، أو بسبب أو هبة من أحد فهو حينئذ توليج وهدر.

فرع: وكذلك إن أقر لكبير من المال بما لا يشـبه ولا يثبت أسباب شيء من هذه الوجوه فإنه يبطل كله ويكون توليجًا.

مسألة: وفى «أحكام ابن سهل»، قال ابن القاسم: من وكل على قبض شفعته فأقر الوكيل أن موكله قد سلم الشفعة فهو شاهد، ويحلف المشترى معه وتبطل الشفعة، ولو كان مع إقرار الوكيل شاهد آخر وكانا عدلين بطلت الشفعة إلا أن يكون المشهود عليه غائبًا غيبة، يتهم وكيله على الانتفاع بالمال، وللمال بال فلا تبطل الشفعة بشهادته.

مسألة: وفى «معين الحكام»: وإذا أقر الأب فى مرضه بقبض صداق ابنته، أو انعقد ذلك عليه فى الصداق، ولم تعاين البينة القبض لحقته التهمة ولم يصدق، كما لو تحمل به فى هذه الحالة، قال ابن القاسم فى «الواضحة»، وقال ابن وهب وابن الماجشون وأشهب: إقراره بقبضه نافذ قال أشهب: فإن كان الزوج لم يدخل وترك الأب مالا أخذ من ماله وإن لم يكن ترك مالا، لم يكن للزوج إليها سبيل حتى يؤدى الصداق ويتبع مال الميت.

مسألة: إذا دخل الزوج بزوجته قبل الإشهاد على النكاح فسخ بطلقة باذنة، وقال ابن حبيب: يحدان إن ثبت وطء، عالمين كانا أو جاهلين ما لم يكن أمرهما فاشيًا، وقال ابن القاسم: إذا لم يعذر بالجهالة حدًا، وشهدة المولى لهما بالنكاح لا تفيد، لأنه يتهم أن يريد الستر على وليته.

مسألة: وفى «المتيطية»: وسئل مالك عن الرجل يتهم ختنه، يعنى زوج بنت امرأته بإفساد أهله، فيريد أن يمنعها من الدخول عليه، أو يمنعه من الدخول عليها، قال: ينظر فى ذلك، فإن كانت متهمة منعت بعض المنع لا كل ذلك، وإن كانت غير متهمة لم تمنع الدخول على ابنتها.

مسألة: وطلاق المريض وخلعه جائز، ويصح له ما أخذ من الزوجة، غير أنه إن مات من مرضه قبل ظهور صحته، ورثته المرأة بائنًا كان الطلاق، أو رجعيًا قبل الدخول أو بعده أوقعه هو أو الزوجة بتمليك أو تخيير، أو كانت يمينًا فى الصحة حنث بها فى المرض ورثه أبدًا، وإن تزوجت أزواجًا سواه لأنه يتهم أن يفر بميراثه منها.

فرع: وكذلك لو أقر له فى مرضه أنه طلقها البتة فى صحته لم يصدق، وورثته لأنه يتهم فى إخراجها من الورثة.

مسألة: والشاهدان إذا تفردا برؤية الهلال فى الصحو فى المصر الكبير، فقيل: ترد شهادتهما لأن انفرادهما ريبة ترد بها شهادتهما، وقيل: تقبل؛ انظر «ابن بشير».

فرع: وكذلك لو خاصم الشاهد المشهود عليه فى حق المشهود له، فإنها لا تقبل لقيام القرينة علي تهمته.

فرع: ،كذلك الشهادة التى يجر بها أو يدفع، وكذلك أكيد الشفقة أو السبب يمنع قبول الشهادة.

فرع: وكذلك العداوة الدنيوية تمنع قبول الشهادة.

فرع: وكذلك الحرص على زوال التعبير وذلك فى صورتين:

إحداهما: إظهار البراءة مثل أن يشهد فترد شهادته لفسقه، ثم يشهد بتلك الشهادة بعد أن صار عدلا، فترد شهادته لاتهامه على دفع عار التكذيب، وكذلك إذا ردت لكفره أو صباه أو رقه.

الثانية: قصد التسلى والتأسى، كشهادة المقذوف فى القذف على المشهور، وكشهادة ولد الزنا فى الزنا.

فرع: وكذلك الحرص على الشهادة في التحمل والأداء والقبول، فالتحمل كالمختفى فى رواية. والمشهور أن ذلك لا يضر، وقيده محمد بما إذا كان المشهود عليه غير مخدوع ولا خائف ولا ضعيف.

وأما الحرص على الأداء، فمثل أن يبدأ بالشهادة قبل طلب صاحبها وهو حاضر عالم بها والحق مال، فإن أداها سقطت، وأما الحرص على شهادته إذا شهد بها، وذلك قادح فيها، لأن اليمين دالة على التعصب وشدة الحرص على إنفاذها.

مسألة: ولأجل التهمة اشترطوا التبريز فى سبع مسائل، فلا تقبل الشهادة فيها على مذهب ابن القاسم إلا من العدل المبرز. شهادة المولى لمن أعتقه، والصديق الملاطف لصديقه، والشريك المفاوض لشريكه، وإذا زاد الشاهد فى شهادته أو نقص منها بعد أن شهد بها، وإذا سئل عنها فى المرض فقال: لا أعرفها، ثم شهد بها وذكر المانع من شهادته فى مرضه، وشهادة المنفق عليه للمنفق، لأن التهمة فى هذه المواضع قوية.

فرع: وكذلك الاستبعاد سبب فى التـهمة، من ذلك شهادة البدوى على القروى فى الحاضرة فى الحقوق المادية على ما فى المسألة من التـقييد والتفصيل، لأنه يتهم فى تركه أهل الحـضر ويشـهد العرب، وكـذلك شهـادة السؤال فى المال الكثـير، والذى يكثر مسألة الناس وهو معروف بذلك، لا تجوز شـهادتهما للتهمة، وكذلك إذا شهد أهل الإقلال والحاجة فى المال، فليكشف القاضى عن ذلك، وعما شهدوا به عند من يظن عنده علمًا من ذلك ولا يعجل،بالحكم وليتثبت ويحتاط، وكذلك شـهادة أحـد الزوجين لصاحـبه، وشـهـادة الرجل لجده وجـدته من قبل الرجـال والنسـاء، وشهـادة الكذاب والنمـام والذى يطعن علـى الناس، وتُسقط بـالخيـانة والرشوة وبالعصبية، وهـو أن يبغض الرجل الرجل لأنه من بنى فلان أو من قبيلة كذا، وبتلقين الخصم الخصومة، فقيـها كان أو غيره، وبمداومة الأكل عند العمال، وبإتيانه مجلس القاضى ثلاث مرات لغـير حاجة، لأنه يتهم أن يرى الناس أنه من خواص القاضى، وبسكنى دار يعلم أن أصلها مغصوب، وبأن يساكن ولده فى دار واحدة، وهو ممن يشرب الخمر ويسمع الغناء، واستيعاب هذا فى «باب الشهادات».

فصل

فى أيمان التهم

قال ابن الهندى فى «وثائقـه الكبرى»: الأيمان التى فيهـا التهم والظنون لا تجب على المدعى عليه، حتى يثبت المدعى أن المدعى عليه ممن تلحـقه مثل هذه التهمة، فإذا ثبت ذلك حلف المدعى عليه، ولم يكن له رد اليمين.

مسألة: قال ابن سهل: وإذا كانت الدعوى فى تعدد ينسبه أحدهما إلى صاحبه، فإن اليمين لا تجب فى هذا بالخلطة، وإنما تجب في مـثل هذا، إذا كان المدعى عليه بالتعـدى ممن يتهم بذلك، وينسب إليه ويكون مـعروفًا به، زاد ابن لبـابة: «سواء ثبت عليه الغضب والتعدى، أو لم يثبت إلا أنه ادعى عليه به».

فرع: فلو احتج المدعى واستدل على أنه ممن تلحقـه التهمة، بأن قال: قد أنكر صداق ابنتى وأثبته عليه بعد ذلك، فإن لم تكن زلته غير هذا فليست بزلة يبلغ بها الريب التى تلزمه اليـمين بالتهمة؛ قاله ابن لبـابة فإن كان القاضى لا يعـرفه، فإنه يكشف عنه سرًا وجهرًا حتى يتحقق أمره عنده.

مسألة: اختلف هل تجب اليمين على المدعى عليه مع عدم تحقيق الدعوى، أو لا تجب إلا بعد تحقيق الدعوى؟ ونقل عن أبى الحسن الصغير أن مشهور المذهب أن اليمين تجب بمجرد التهمة، وإن لم تتحقق الدعوى، والظاهر أنه يريد بعد إثبات أن المدعى عليه ممن تلحقه التهمة فيما ادعى به عليه، وفى «الطرر» لأبى إبراهيم الأعرج فى «باب الزكاة»: أن المشهور أن لا يمين فى الشك، يعنى إذا لم تكن الدعوى محققة؛ انظرها فى مسألة رد الدرهم الزائف.

مسألة: الأيمان فى التهمة لا ترد، لأن الدعوى لا تحقيق فيها ولا قطع، بل هى ظن، فإذا توجهت على المدعى عليه وامتنع من اليمين حبس حتى يحلف، لأنه حابس نفسه، وقال المتيطى فى موضع آخر من الكتاب، وذكر عن الشيخ أبى عمران أن أيمان التهم فى ردها اختلاف والذى فى الرواية يحتمل، والصواب أن لا ترد وقد يقال أنه يحلف مع غلبة الظن، كما إذا قام الصغير شاهدا بذكر حق لأبيه أنه يحلف مع الشاهد إذا كبر.

تنبيه: قال ابن لبابة وأصحابه: كل ما كان من دعوى منصوصة قطع المدعى بأخذ المدعى عليه، لذلك كان للمدعى عليه بذلك رد اليمين على المدعى، ما لم يكن منصوصا من يمين تهمة حلف المدعى عليه على ذلك. فإن نكل شدد القاضى عليه بما يراه من الحبس أو غيره.

تنبيه: قال ابن سهل: إذا لم يحقق المدعى دعواه على المدعى عليه، وإنما اتهمه بخيانة وشبهها ولم يقطع عليه، فلا تجب اليمين إلا أن يكون ممن يتهم فى دينه باستحلال ما لا يحل.

تنبيه: قال ابن لبابة وغيره: والمسلمون فى دعوى الغصب والعداء محمولون على العافية حتى يثبت خلافها.

مسألة: المتبايعان على المعرفة حتى يثبت الجهل، وعلى الملاء حتى يثبت الفقر، وعلى الحرية حتى يثبت الرق، وعلى الإسلام حتى يثبت الكفر، وعلى العدالة حتى تثبت الجرحة، وقيل: عكسه، والغائب محمول على الحياة حتى يثبت الموت؛ قاله ابن سهل، وليس هذا من الاختلاف المذكور فى «باب الشهادة»، هل المسلمون محمولون على العدالة حتى يثبت خلافها أو على الجرحة حتى تثبت العدالة؟

تنبيه: وأما الشهادة علـى المتابعين والمتناكحين، فالناس محمـولون على الصحة وجواز الأمر وليس على الشهود، البحث هل هما فى ولاية أم لا؟؛ من «المتيطية»

تنبيه: والناس عند ابن القاسم أحرار، فلا تحتاج المرأة عند إرادة النكاح أن تثبت أنها حرة، وعند أشهب وغيره الناس حر وعبد، فيحتاج لإثبات ذلك.

تنبيه: الناس فيما ادعى عليهم محمولون على الجهل، حتى يثبت عليهم علمهم بذلك لقوله تعالى: ﴿**وَاللَّهُ أَخْرَجَكُم مِّنْ بُطُونِ أُمَّهَاتِكُمْ لا تَعْلَمُونَ شَيْئًا**﴾ [النحل: ٧٨] فجهل الإنسان سابق لعلمه.

تنبيه: الناس محمولون على السفه حتى يظهر منهم الرشد؛ قاله ابن الهندى.

تنبيه: الناس محـمولون على العدم حتى يثـبت الملاء والغنى، ذكره ابن الهندى قال: والعمل عند الحكام على أن مدعى العدم عليه الإثبات لعدمه وهو الأصح.

مسألة: إن شرط لزوجته أن لا يتسرى عليها، ثم ادعت عليه أنه تسرى سرا فأنكر فطلبت يمينه على ذلك، فإن كان ممن يتهم حلف لهـا، وإن كان ممن لا تلحقه تهمة ولا ظنة، ويثبت عند القـاضى ببينة أنه ممن لا يستسهل ذلك فـى دينه ولا يستحله، فإنه يسقط عنه اليمين بعد أن يعذر إلى المرأة فيمن شهد له بذلك، فإن ادعت مدفعا أجلا فى ذلك على قدر اجتهاده، فإن لم تأت بشىء عجزها وأنفذ ذلك عليها.

مسألة: وفى «وثاق ابن العطار»، وفى «سماع أشـهب»: سئل مالك- رضى الله تعالى عنه: عن رجلين ابتاعا طعاما فحمل الحمالون إليهما الطعام، فوجد أحدهما طعامه ينقص غرائر، فذهب إلى الذى كان يحـمل إليه الطعام فقال له؛ انظر لعله حمل إليك من طـعامى شىء، فكال طعامـه فوجد فـيه زيادة فـردها، فأراد الذى ذهب طعامه أن يسـتحلفه على باقى ما نقصه من غـرائر، فقال له ذلك، وإن نكل حق عليه الحق.

مسألة: فإذا أبرأ الرجل بعض ورثته من ماله، ثم توفى وقام سائر الورثة يزيدون تحليف المبـرأ على أنه لم يخلف عنده شـيئـا، فـلا يمين لهم عليه، وإن ادعـوا أن المتوفى أفـاد مالا بعد الإقرار وخلفـه عنده، فلهم عليه اليمين فى ذلك، وللمـبرأ ردها عليهم.

مسألة: وفى «المقنع» فى «باب جامع الأيمان»، قال ابن المواز: ومروى أشهب عن مالك، فى شريكين فى زرع اشتغل أحدهما، أو مرض فحصده الآخر وأنفق، فلما صح شريكه قال له المتولى: هذا الذى خرج من الزرع وقد أنفقت كذا وكذا، فقال له: احلف لى أنه ما خرج من الزرع إلا هذا، وأن النفقة على ما قلت، فقال إنما أحلف أنه الذى دفع إلىّ وكلائى، فقال: يحلف ما دفع إليه القوم إلا ذلك، وليس عليه غير ذلك، ويحلف على علمه إذا كان عنه غائبا، ولو كان حاضرا ما حلف إلا على علمه، لعله ذهب منه مالا يعلمه.

مسألة: وفى «المقنع» أيضًا فى المودع، يدعى ضياع الوديعة، فإن كذبه ربها وقال أكلتها، فالمودع مصدق إلا أن يتهم فيحلف، قال محمد ابن عبد الحكم: فإن نكل، ضمن ولا ترد اليمين ههنا على ربها، لأنه لا تحقيق عنده وإنما هو ظن.

تنبيه: قد تقدم أن أيمان التهم لا ترد، فإذا ادعى عليه بتهمة وغيرها، مثل أن يدعى عليه أنه فتح تابوته وأخذ منه وثائق وأنه استعار منه ثوبا وأسلفه دنانير، ولم تقم بينة وألزم المدعى عليه باليمين، فله أن يرد اليمين على المدعى فى الثوب والدنانير أو فى أحدهما، ولا يردها عليه فى فتح التابوت؛ انظر الجزء الأول من «أحكام ابن سهل» فى رسم دعوى وتهمة.

مسألة: وفى «مسائل ابن زرب»: كان ابن زرب -رحمه الله تعالى- يقول: إذا قام رجل على آخر بدعوى بتهمة فيها فوجبت اليمين على المدعى عليه فليس له ردها، ولا يحلف المدعى عليه إذا كان ممن تأخذه اليمين على التهمة، حتى يحلف المدعى لقد ضاع له ما ادعاه على المقوم عليه، وحينئذ يحلف المدعى عليه، إذا قام للمدعى لم يضع الشىء، وإنما تريد أن تحرجنى باليمين، وبهذا كان يحكم وكان يغرب بها، ويقول: إنها من دقيق المسائل.

مسألة: والمشهور عن مالك يمين التهمة لا ترد، فإن أبى المتهم ونكل عنها حبس أبدا حتى يحلف؛ من «مجموع الفتاوى»، وفى «رسالة القضاء» مما نقله من «كتاب ابن حبيب» قال: وقد ذكر لى بعض أصحابنا أنه رأى لأهل العلم أنه إن أبى أن يحلف غرم ما ادعى به عليه، وقد تقدم نحوه عن محمد بن الحكم.

فرع: وفى «العتبية» لابن القاسم فى الغريم يريد سفرا فيتعلق به صاحب الحق، ويقول إنك تريد سفرا وأنا أخاف أن يحل أجل دينى وأنت غائب، ولكن أعطنى حميلا إن غبت عنى يقوم لى بحقى، فقال: ينظر فى ذلك السلطان، فإن رأى أن الأجل يحل قبل أن ينقضى سفره، لبعد المكان الذى يريد، كان عليه أن يجعل له حميلا، وإلا لم يكن له عليه حميل، وأحلف بالله ما يريد إلا سفر ما يخرج الناس إليه من التجارة، وطلب التجارة، وطلب الحوائج القريبة مما يأتى فى مثله ويجلبه، ولم يذكر فى «المدونة» فى هذه المسألة يمينه، وقال ابن أبى زيد فى «اختصاره المدونة»: يريد ويحلف.

فرع: وكذلك الزوج يريد سفرا، فتقوم عليه زوجته تطلبه أن يقيم لها حميلا بنفقتها، فإن السلطان ينظر إلى سفره الذى يريد، فيفرض لزوجته قدر ذلك فيدفعه إليها، أو يأتيها بحميل يجريه عليها، ومعناه بعد يمينه إن زعمت أنه يريد سفرا إلى ما هو أبعد من ذلك، قال المتيطى: واليمين فى هذا يمين تهمة، ففيها الخلاف السابق هل تلحقه أم لا؟

فرع: وكذلك حميل الوجه، إذا اشترط أنه ليس عليه شىء من ضمان المال، فإنما عليه إحضاره والجمع بينه وبين غريمه، فإن غاب الغريم أجل الحميل فى طلبه آجالا كثيرة، قال مالك: ولا شىء عليه غير طلبه، فإذا لم يظهر منه تقصير وعجز عن احضاره برئ، ويحلف أنه ما قصر فى طلبه ولا دلس ولا يعرف له مستقرًا، وهذا قول ابن القاسم فى «العتبية».

فرع: وكذلك إذا خيف غرقَ المركب وطرح مال التجارة، وزع المطروح على مال التجارة المطروح والسالم ويقبل قول المطروح متاعه فى قيمته، فإن اتهم حلف.

فرع: وإذا قام على الرجل غرماؤه فأقر أن هذه السلعة وديعة عندى لفلان، والمقر له حاضر يدعيها فإنه يحلف المقر له ويأخذها، لأن المقر يتهم أنه يحابيه بإقراره، قال القاضى عياض -رحمه الله تعالى: وليست يمينه من باب اليمين مع الشاهد، لأن هذا مقر وليس بشاهد، ولا تشترط فيه العدالة التى تشترط فى الشاهد، وإنما هو من باب الإقرار، واليمين للتهمة.

تنبيه: وفى الجزء الثانى من «أحكام ابن سهل»: أن يمين التهـمة يحلف فيها فى مقطع الحـق، ذكره فى ترجمـة دعوى ويمين تهـمة فى المدعى، وذكرهـا أيضا فى الجزء الأول، فى «باب المقـالات والشهادات»، أن المتهم إذا طال حـبسه ودام على إنكاره، أنه يحلف فى مقطع الحق أنه ما أخذ شيئا.

فرع: ومن ادعى عليه بغصب أو سرقة، لا تجب عليه اليمين إلا أن يكون متهما فيحلف، فإذا امتنع حبس على ما هو مذكور فى «باب القضاء بالسياسية».

فرع: وفى «التنبيهات» للقاضى عيـاض: أنه لا ضمان على السمسار فى دعوى ضياع المتاع ولا فيما حدث فيه فى يديه من عيب، ويحلف إن اتهم.

فرع: وإذا ادعى الأب بعد أن شهـد على نفسه فى صداق ابنتـه، أنه قبض نقد ابنته من الـزوج أنه لم يقبض شيـئا، وأنه أشـهد قبل القـبض وأنكر الزوج ذلك، فعلى الزوج اليمين إن كـان متهما، والأب لا يظن به دعـوى الباطل، وبسطها فى «باب القضاء بالأيمان فى الدعوى».

فرع: وفى «المنيطية» قال ابن حـبيب: وللزوج أن يسأل الولى فيمـا صرف النقد فيه من الجهاز وعلى الولى أن يفسر ذلك، ويحلف عليه إن اتهمه.

فرع: وفى «المتيطية»: سـئل مالك عمن رد جارية بعيب على بائعـها منه، فأراد البائع أن يستـحلفه أنه ما وطئهـا منذ رأى العيب بها، فقـال: لا يمين عليه، وقال سحنون نحوه، وقـال ابن القاسم فى «سماع عـيسى»: إن كان متـهما حلف وإلا فلا.

فرع: ومنها قال بعض الموثقين: إذا اشـترط البائع على المبتاع سـقوط اليمين فى بيع البراءة من العيوب فإن كان ممن لا يتهم فله شرطه، وإن كان ممن يتهم لم ينفعه الشرط وحلف.

فرع: إذا كان الإيـداع بغيـر بينة فادعى المودع الرد كـان القول قـوله، ويحلف مأمونا كان أو غير مأمون، وهو خلاف دعوى التلف وله رد اليمين على ربها، فإن ردها عليه حلف وغـرم المودع عنده، ونحوه فى «كتاب عبـد الحق» واللخمى وهو خلاف ما وقع فى «كتاب الوكـالات»؛ من «مختصر ابن أبى زيد» : أنه لا يحلف

إلا أن يتهم، قال المتيطى: والقول الأول مذهب ابن الماجشون ونحوه فى «كتاب محمد»، وليس هو مذهب مالك وابن القاسم وقول مالك: أن من يقبل قوله فى التلف يقبل قوله فى الرد إذا أخذ فيه بغير بينة، قال ابن القاسم: ولا يحلف، إلا أن يتهم، وإذا ادعى المودع عنده تلف الوديعة كان القول قوله، وسواء أخذها ببينة أو غير بينة، واختلف فى يمينه فقيل: إن كان متهما حلف. لقد تلفت منه من غير تفريط ولا تضييع ولا تدليس ويبرأ منها، وإن كان مأمونا فلا يمين عليه ولا ضمان قاله أبو محمد، وقاله أصحاب مالك ، وكذلك قال ابن القاسم فى «كتاب الوكالات» من «المدونة»، فيمن أمر رجلا يشترى له سلعة وينتقد عنه، وقيل: لا يمين عليه أصلا أنها يمين تهمة وهو أمينه، وقال ابن نافع: يحلف وإن كان ممن لا يتهم، ورواه عن مالك، وكذلا قال مالك فى « المبسوط»: إنه يحلف متهما كان أو غير متهم، ورأى الناس قد استحقوا التهم وتغير حالهم، فجعل اليمين حماية إلا أن يتبين رجل بالصلاح والخير، فلا يمين عليه؛ انظر «المتيطية».

*****

الباب التاسع والعشرون

فى القضاء بشرط التصديق

وفى «المتيطية» فى «باب الشروط فى النكاح»: اختلف فى شرط التصديق، هل ينتفع به مشترطه أم لا؟ فقيل: ينفعه، وقيل: لا ينفعه، وقال ابن القاسم: إن كان مشترطه مأمونا يعرف بالحالة الحسنة نفعه الشرط، وإلا لم ينفعه.

مسألة: ومن هذا المعنى ما يجرى بين الناس فى معاملاتهم بالدين، فيشترط البائع على المشترى فى أصل المعاملة، أنه مصدق فى دعوى القضاء دون يمين تلزمه، ثم يدعى الذى عليه الدين بعد ذلك، أنه قد رهنه بالدين رهنا، أووهبه إياه، أو أنظره بعد، أو غير ذلك من الوجوه المتعلقة بتلك المعاملة، أو تغيب الذى عليه الدين أو يموت، فيكلف القاضى صاحب الدين يمين الاستبراء: أنه ما وهبه ولا تصدق، ولا ارتهن به منه رهنا، ولا استحال به على أحد، ولا أحال به عليه أحدا، فلابد أن يحلف فى هذه المعانى، إلا أن يقول فى الشرط أنه مصدق فى الاقتضاء وفى جميع أسباب هذه المعاملة، دون يمين تلزمه، فتسقط عنه اليمين ونحو ذلك لابن العطار، قال: إذا قام الرجل على صاحب دينه وهو غائب فوجب له قبض حقه، فلا يمين عليه إذا كان شرط لنفسه أنه مصدق فى الاقتضاء دون يمين تلزمه.

تنبيه: قال أبو عبد الله محمد بن الفخار فى انتقاده على ابن العطار: وهذا غلط لأن الغريم إذا غاب، وجب على الحاكم أن يستقصى حقوقه، ولو كان حاضرا ما كان يدرى ما يدرأ به عن نفسه فى شرط تصديق الاقتضاء، إذ يقول شرطته لأجل كذا لا أنك من أهله، فلابد من قطع جميع ما يتوهم وهى يمين الاستظهار من السلطان، لا يجوز للحاكم إسقاطها، ولا بحكم على غائب حتى يستوفى جميع حقوقه ولا يأمن أن يأتى غريم آخر يستحق مخاصمة هذا الغريم فيما أخذ أو يستحقه دونه، إذ لعله قد استحال بدينه على غير غريمه ولم يشهد عليه، أو قد أشهد عليه من يعلمه الغائب ولا يعلمه غرماؤه، فهذا الغريم الطارئ لم يصدق

الغريم الأول المحكوم له بدينه فكل من جاء من هؤلاء يقول للحاكم لم تستقص قبل أن تحكم؟ فلذلك وجب فى الغائب لما لم يجب فى الحاضر.

فرع: وفى «المتيطية»: واختلف أيضا إذا قال العاقد فى شرط التصديق بعد أن عرف باختلاف أهل العلم فى وجوب اليمين وسقوطها، فأخذ بقول من يرى منهم سقوطها، هل ينفع ذلك رب الدين ويخرج به من الخلاف؟ فقيل: ينفعه وتسقط عنه اليمين، وقيل: لابد من اليمين، وليس للغريم أن يتخير على الحاكم ويحكم لنفسه، بقول قائل من أهل العلم بل يحكم الحاكم بما ظهر له.

قال: ولو زاد العاقد بعد قوله، فأخذ بقوله من يرى منهم سقوطهما ثقة برب الدين وأمانته، لسقطت اليمين بلا خلاف فى ذلك، والله أعلم.

مسألة: قال ابن العطار: ولا يجوز فى القرض اشتراط إسقاط اليمين لأنه يدخله سلف جر منفعة، قال ابن الفخار: وصدق -رحمه الله- قال ابن العطار: وإن طاع له المتسلف بعد عقد التسلف بإسقاط اليمين فى دعوى القضاء، لزمه التصديق حينئذ وصح السلف.

تنبيه: قال ابن الفخار: وهذا غلط، لأنه بعد عقد السلف هدية المديان، وإن كان يجوز فى عقد صفقة البيع، كالرهن الذى يجوز اشتراط الانتفاع به فى عقد البيع، يريد لأنه بيع وإجارة، ولا يجوز للراهن أن يتطوع به بعد العقد، وأن يبيح للمرتهن الانتفاع بالرهن إذ هو من هدية المديان، ولم يختلف فيه قولهم إنه مكروه بعد عقد البيع، فكذلك إسقاط اليمين بعد عقد السلف إذ هو هدية المديان.

مسألة: وفى «وثائق ابن الهندى»: شرط التصديق لا يورث، واليمين تلزم ورثة من كان المديان شرط له أنه مصدق، لأن من حجة الذى عليه الحق أن يقول: إنما التزمت تصديق المتوفى لعلمى بدينه وثقتى بصدقه، فإذا ادعى أنه قضى ورثته بعده لزمتهم اليمين.

مسألة: قال ابن العطار: فإن كان الغريم المفلس صدق غرماءه فى الاقتضاء، وقاموا بتفليسه واقتسموا ماله بحكم السلطان، انتفعوا بالتصديق ولم يحلفوا.

تنبيه: قال ابن الفخار: وهذا أيضًا غلط ولا يجوز للسلطان أن يقضى لهم إلا بعد أيمانهم، إذ قد يطرأ من تجب له مخاصمتهم أو يستحق ذلك دونهم كما تقدم قبل هذا.

مسألة: وإذا شرط الرجل لزوجته أن القول قولها في المغيب عنها، وأنها مصدقة فى انقضاء الأجل المضروب في ذلك، فإنه يسقط عنها بهذا التصديق مؤنة إثبات المغيب عند الحاكم، وإنما عليها أن تثبت الزوجية عنده والشرط، ثم يأمرها بالحلف فى بيتها إن كان ذلك فى شرطها، أو فى أقرب الجوامع إليها، إن لم تشترط اليمين فى بيتها، فإن كانت ممن تخرج نهارًا أخرجت وحلفت، وإلا حلفت ليلاً، ثم يبيح لها تطليق نفسها.

تنبيه: واليمين فى ذلك: أن تحلف بالله تعالى، أنه قد غاب عنها أكثر مما شرطه لها، وأنه لم يقدم إليها سرًا ولا جهرًا، ولا أسقطت عنه شرطها، ولا كان سكوتها وتلومها تركًا منها لشرطها، قال ابن العطار: وتحلف على ذلك فى بيتها، إن كان فى شرطها أنها تحلف فى بيتها فى جميع ذلك؟ وإنما شرط لها أن تحلف فى بيتها فى المنقضى من أجلها، ثم خرجت إلى الجامع وحلفت فى سائر ذلك.

فرع: إذا شرط الزوج لزوجته أنها مصدقة فى دعوي إضراره بها دون يمين تلزمها فذلك لها، فإذا شكت إضراره بها وثبت الشرط طلقت نفسها دون يمين، وقال أبو القاسم الجزيري في «وثائقه»: إذا طاع بتصديقها فى الضرر لزمه ويكره عقده، فإن قيده بيمينها فيه حلفت حيث تجب، إلا أن يقول فيه دون يمين ما لم تمكنه من نفسها، فإن تلذذ منها بشيء سقط شرطها، وإن ادعى التلذذ وأنكرته، حلفت ولها رد اليمين.

تنبيه: قال أبو عبد الله بن العطار: وإنما يجوز للمرتهن بيع الرهن، إذا كان فى وثيقة الدين تصديق صاحبه في اقتضاء دينه دون يمين، وكان مع ذلك مأمونًا، فإن لم يكن شرط التصديق أو شرطه وهو مع ذلك غير مأمون، فلا يجوز له بيع الرهن، لأنه لا يصل إلى ذلك إلا بعد يمين وحكم، وقال الشيخ أبو الوليد محمد ابن عبد الله يجوز بيعه دون الحاكم، إذا أصاب وجه البيع سواء كان فى الوثيقة شرط التصديق أو لم يكن.

مسألة: إذا شرط المسلم إليـه أن المسلم مصدق فى اقتـضاء السلم دون يمين، لم ينتفع بذلك المسلم فـى الدعاوى فى تلك المعاملة، إن زعم المسلم إليـه أنه أقاله أو أنظره بالسلم بعد حلوله، أو غير ذلك من الدعاوى الموجـبة لليمين، فإن قال: إنه مصدق فى الاقتضاء أو فى جميع أسباب السلم دون يمين، نفعه ذلك.

قـال الباجى فى «وثائـقه»: والأحـسن فى ذلك، أن يذكـر أن التصـديق على الطوع، لأنك ذكرت أن التصديق انعقد فـى أصل السلم كان فيه اختلاف بين أهل العلم، فقيل: يلزمه الشرط، وقيل: لا يلزمه، فإن لم يذكر فى العقد أن ذلك كان على الطوع، فـلا تغفـل أن تقول بعـد أن عرف باخـتـلاف أهل العلم فى ذلك، فألزمه نفسه قول من يرى سقـوطها ثقة منه بالمسلم ورضى بدينه وأمانته، وقد ذكر هذا أحمد بن سعـيد بن المنذر وقواه، وضعفه أحمدبن مـحمد بن العطار، وقال: هذا ليس بشىء، لأن المسـلم إليه ليـس له أن يختـار قـول عـالم، وإنما ذلك إلى الحاكم يختـار من ذلك ما رآه، قال ابن بشيـر فى «نوازل الأحكام»: والصواب ما ذكره، لأنه قد قضى على نفسه بشىء لزمه، وجاز للحاكم أن يحكم عليه بما حكم به على نفسه، وقد تقدم بعض هذا.

فرع: قال البـاجى فى «وثائقه»: وخاطبت أحـمد بن عبد الملك، وسـألته عن اشتراط التـصديق فى عقد السلف وعن وقـوعه بعد العقـد على الطوع، هل هما سواء فى اخـتلاف أهل العلم فى ذلك أم ليس فى ذكره على الطوع اخـتلاف وأنه جائز؟ فكتب إلى أن الاختلاف المذكور، يدخل فى شرط التصديق فى عقد السلف وفى الطوع به، وقـال لى أحمـد بن عبـد الله: وإنما الاختـلاف إذا وقع فى أصل العقد، وأما إذا وقع على الطوع فلا اختلاف فيه.

تنبيه: والذى ينفع من التصديق أن يقـول يصدق بلا يمين، فلو قال يصدق ولم يقل بلا يمين، ففـيه اختلاف من قـول مالك -رضى الله تعالى- عنه، فـمرة قال: يصدق ويحلـف، وقال مرة: يصـدق ولا يحلف، وقال سحـنون: لم يصدق إذا حلفه.

مسألة: وإن ذهب الموَصى إلى أن يكون الوصى مصدقًا فى تنفيذ الوصية بلا بينة يقيمها على التنفيذ، فله شرطه إذا كـان الوصى ثقة مأمونًا مشهورًا بالصلاح، قال

ابن الهندى: إلا أن يكون الوصى من الورثة، فـإن ذلك لا ينفعــه، ولا ينفذ فـيه شرطه وعليـه البينة، أو يحضـر التنفيذ جـميع من يرث معـه، أو يقرون له بذلك فيبرأ.

مسألة: لو اشترى رجل أمة من سيدها، ثم بعد تمام العقد وانبرامه، قال المشترى للبائع: أغليتـها على وما أحسبنى أتخلص فـيها، فقال له البـائع: بع ولا نقصان عليك ولا خسران، وأنت مصدق فيما تزعم أنك بعتها به دون يمّين تلزمك، فذلك جائز لازم للبائع.

تنبيه: وهذا الالتزام من البـائع بعد العقد لازم له، بخلاف مـا لو كان ذلك فى أصل العقد فإنه عقد فاسد؛ انظر «المتيطية».

مسألة: إذا شرط أنه مـصدق فى اقتضـاء السلف دون يمين ثم ادعى أنه رهنه به رهنًا، فإن اليمين تجب فى ذلك، حتى وإن اشـترط فى تصديقه بأى وجه ادعى به عليه، فلابد من اليمين فى دعوى الرهن: أو الإحالة؛ قاله ابن عبد الغفور، وقاله بعض الشيوخ المفتين، وقد تقدمت أول البـاب؛ من «الطرر» لابن عات.

مسألة: وفى «المتيطية»: وإذا اشترط المستعير أنه مصدق فى تلف ما يغاب عليه، أو اشترط أنـه مصدق فى تلف ما لا يغـاب عليه، فقال ابن القـاسم وأشهب: له شرطه ولا شىء عليه.

مسألة: وفى «المتيطية»: وإذا لم يشترط السيد فـى الكتابة التصديق فى الاقتضاء دون يمين تلزمه، وادعى المكاتب الأداء إليه، وأنكره السـيد، فإن اليمين تجب على السيد فى ذلك، وله ردهـا على المكاتب، وكذلك إن لم يشترط عليـه أنه مصدق فى جميع أسباب هذه الكتابة، وادعى السيد أنه قد حل نجم وأكذبه المكاتب يصدق المكاتب وباشتراط التصديق، يكون القول فى ذلك كله قول السيد بغير يمين، وقال أشهب بيمين.

مسألة: وفى «أحكام ابن سهل» فى مـريض أقر لرجل بمائتى مثقـال، وعهد أن يصدق فيها دون يمين تلزمه، وأن تدفع إليه بلا يمين، فأفتى فيها ابن القطان بسقوط اليمين، واسـتدل على ذلك بما وقع فى سـماع ابن القاسـم عن مالك -رضى الله

تعالى عنه- وفى الرجل يوصى بدين عليه فيقول: كنت أداين فلانًا وفلانًا، فما ادعوا قبلى فهم مصدقون، أن ذلك لهم بلا يمين على ما ادعوا، قال: ومسألة الإقرار أقوى فى سقوط اليمين فى مسألة السماع، لأن المقر فى مرضه قد حدد الدين فيها، ولم يجد الدين فى المسألة التى وقعت فى السماع، وأفتى فيها أبو عبد الله بن عتاب بلزوم اليمين، وقال: إن المال صار لغير الميت وانتقل لوارثه، فالحق لهم واليمين لازمة، قال: وقد اختلف قول مالك فى شرط التصديق فى الذى يلزم نفسه التصديق، فله فى ذلك أقوال: منها: أن الشرط ساقط، فإذا قاله مالك - رضى الله تعالى عنه- بسقوطه فى حق الذى يوجبه على نفسه، وهو بالحياة فهو أولى بالسقوط فيمن يريد أن يلزمه ورثته، ومسألة ابن القاسم المتقدمة، يحتمل أن تكون من غير هذا الأصل، وأن يكون الميت كانت بينه وبين من أوصى بتصديقه ملابسة على أن لا يقف على مبلغها، فأراد التخلص منها بتصديقهم فيها وهذا أصل آخر اختلف فيه أصحاب مالك فاعلمه، قال: وبهذه الرواية الأخيرة جرى العمل عندنا، قال ابن سهل: وكان فى طريق الإنصاف أن يذكر ابن القطان ما فى المسألة من الرواية الثانية، إلا أن لا يكون له بها علم فيعذر، ونقل القاضى ابن زرب الحكم في المسألة بما أفتى به ابن عتاب، وكتب بالمسألة ابن سهل إلى أحمد ابن رشيق فقيه «المرية»، فأفتى بأن لا يمين على المقر له، إذا لم يكن ثم تهمة فى إقرار المقر ولا صحت عليه ريبة.

مسألة: وسئل مالك -رضى الله عنه- عمن أوصى فى مرضه، أن لفلان أربعين دينارًا، وأوصى مع ذلك أنه مصدق فيما قال، فادعى الرجل أن له عليه خمسين دينارًا، قال: أرى أن يحلف ويأخذ خمسين، وبهذه مثلها استدل ابن عتاب فى المسألة المتقدمة.

مسألة: وفى «سماع أصبغ»، قيل لابن القاسم: فإن أوصى؟ فقال: قد كانت بينى وبين فلان معاملة، فما ادعى من شىء فأعطوه وهو فيه مصدق، فقال: إن ادعى ما يشبه معاملة مثله لمثله أعطيه، وأحسبه رواه عن مالك، قال ابن القاسم: ويكون ذلك من رأس المال، وليس كل الناس فى قلة وكثرته سواء قال: وإن ادعى ما لا يشبه بطل ذلك، ولم يكن فى رأس المال ولا فى الثلث، قال أصبغ: يريد

إنما تبطل الزيادة على ما يشبه ولا يبطل الجميع، بل يعطى ما يشبه مما لا يتبين فيه كذبه، ويحمل ذلك يعنى الأشبه محمل الشهادة له وعليه.

مسألة: وفى «سماع عيسى» فى «كتاب الشهادات» عن ابن القاسم: فيمن حضره الموت فقال: ما شهد به ابنى على من دين أو ابنتى فهو مصدق، من دينار إلى مائة، أو لم يؤقت عددًا ثم مات، فشهد ابنه ذلك لقوم بديون، وشهد أيضًا لبعض الورثة بدين، فقال: لا يثبت ذلك عندي إلا بيمين، وإن كان عدلاً، ومذهبه عندى مذهب القضاء، يعنى حكم هذه المسألة حكم قضاء الدين عن الميت، لابد فيه من يمين القضاء، قال: وإن لم يكن عدلاً، أو نكل المشهود له عن اليمين، لزم الشاهد من ذلك قدر ميراثه، وإن كان سفيهًا لم يجز إقراره فى ميراثه ولم يحلف طالب الحق.

مسألة: وفى «كتاب ابن حبيب»، قلت لأصبغ: من قال عند موته على ديون، وفلان مولاى أو ابنى يعلم أمر أهلها، فمن بينا أن له على شيئًا فأعطوه فإنه كان عندنا من قول ابن القاسم: إنه كالشاهد، إن كان عدلا حلف معه المدعى وأخذ ما قال، قال أصبغ: ما هذا بشىء ولا أعرفه من قوله، ولكن يصدق من جعل الميت التصديق إليه كان عدلاً أو غير عدل، كقول مالك فيمن قال: وصيتي عند فلان، وذلك سواء ما لم يسم من يتهم عليه تهمة بينة من أقاربه ممن هو كنفسه، قال فضل بن سلمة كأنه يقول: لو لم يقل فما أخرج منها فأنفذوا ما فيها، وفى المسألة طول وبحث مع أصبغ؛ ذكره ابن سهل، حاصله: إنه لابد من اعتبار العدالة فيمن أسند الميت إليه ذلك، وذكره فى «العتبية» عن مالك -رضى الله تعالى عنه.

مسألة: وفى الأول من وصايا «النوادر»، قال يحيى بن يحيى قال ابن القاسم: ولو قال: كنت أعامل فلانًا وفلانًا، فما ادعوا فصدقوهما، قال: فليعطوا ما ادعوا بلا يمين.

مسألة: وفى «مختصر الواضحة» قال أصبغ: ولو أوصى فقال: من ادعى على دينا فأحلفوه عليه، وأقضوه بغير بينة، أو قال: أقضوه إياه بغير بينة ولا يمين، ولو لم يوقت للدين وقتًا، فأرى ذلك جائزًا فى ثلثه، ولا أرى ذلك يجوز فى ثلثى

الورثة، وأراه كـالوصية، وأمـا الذى وقت الدين وسـماه، فهـو كرجل أقـر بدين وسماه إلا أنه لم يعـرف صاحبه ولا أصله، فـقال: من جاء يدعيه فـأقضوه إياه، فذلك من رأس المال، وإذا اجتمـع عليه اثنان أو جماعة، كل واحد يدعـيه لنفسه تحاصوا فيه.

مسألة: قال ابن حبيب: قـال أصبغ عن ابن وهب فى رجل أوصى أن ما ادعى بنو فلان قبلى فأعطوهم إياه، وما أقروا بـه لى قبلهم فلا تأخذوا منهم غيره، ولا تستحلفوا منهم أحدًا، فإنه قد كانت بينى وبينهم أشياء وحساب، فقضى ابن وهب أن يجـيزوا قوله فـيمـا بينه وبين الثلث، ومـا زاد على الثلث كانت فـيه البـينات والأيمان، وقال مطرف وابن الماجشون مثله.

*****

الباب الثلاثون

فى القضاء بشهادة بعض أصحاب الحق

مسألة: قال ابن سهل: وفى بعض النسخ فى آخر كتاب الاستحقاق من «العتبية»، وأراها من سماع أصبغ قلت أرأيت القاضى إذا قضى بشىء للعامة كالطريق أو الخاصة أو الموردة ونحوها من يشهد عليه؟ قال: عدول من العامة، قلت: وكيف تجوز شهادتهم ولهم فى ذلك سهم يشهد عليه، قال لى: وليس هذا سهمًا أيضًا، ولو كان سهمًا ما قطع من سرق فى بيت المال، ولأحد من زنا بجارية من المغنم وهذا مثله، قال: وقد قال مالك -رضى الله تعالى عنه- فى القوم، تعرض لهم اللصوص، فيأخذهم القوم فيأتون بهم الإمام ويشهدون أنهم تعرضوا لنا، وتلصصوا أن الإمام يحكم فيهم بحكم المحاربين، بشهادتهم، قال مال -رضى الله تعالى عنه: ومن يشهد عليهم إلا هم وهذا مثله، وفى ذلك تفصيل يأتى- إن شاء الله تعالى.

مسألة: وفى «المقنع» فى المسلوبين، يشهدون أن هؤلاء سلبونا هذا المتاع وهذه الدواب، وذلك بأيدى اللصوص، قال مطرف: فشهادة عدلين منهم جائزة فى القطع وفى أموالهم وأموال غيرهم، ولو لم تجز فى المال لم تجز فى القطع، وقال مالك: لا يقبل بعض الشهادة ويرد بعضها، وقال أصبغ: قال ابن القاسم: يجوز عدلان منهم، وفى القطع وفى أموال الرفقة غير أموالهما، إلا أن يكون مالها يسيرًا فتجوز لهم ولغيرهم، وقال أصبغ: لا تجوز فى القطع ولا لهما ولا لغيرهما إن كثر ما كان، فإذا اتهموا فى بعض الشهادة سقطت كلها، قال ابن الماجشون فى «المجموعة»: ويقام عليهم بشهادتهم إذا كانوا كثيرًا، وأقل الكثير أربعة، والأربعة قول مالك، قال أشهب وابن الماجشون: ولا يعطوا الأموال بشهادة كل واحد لنفسه، ولكن يعطون بشهادة بعضهم لبعض، ولا يكونون أظناء بما لأنفسهم وإن قال اللصوص لما قطعنا عليكم زالت الظنة وجازت الشهادة وإن قالوا: قطعنا عليكم، فقد أقروا بشهادتهم، ولا شهادة لهم عليهم فى غير ذلك.

مسألة: وفى «التهذيب»، قال مالك فيمن شهد على وصية له فيها شىء تافه لا يتهم فيه، حازت له ولغيره، إذ لا يصح بعض الشـهادة ويرد بعضها، وقال يحيى ابن سعـيد: إن كان معه شـاهد غيره جازت شـهادته له ولغيـره، وإن كان وحده جازت لغـيره ولم تجـز له، وروى ابن وهب عن مالك - رضى الله تعـالى عنه - أنها لا تجوز له ولا لغيره، فهذه ثلاثة أقوال.

تنبيه: وعلى قوله مالك - رضى الله تعالى عنه - الأول تجوز له بغير يمين، لأنه فى حكم التبع والتافه ثلث الوصية، وفى «الطرر» للطنجى، قال الشيخ أبو الحسن الصغير، إن كـان مع الشاهد غيره وكان له فيهـا شىء أم لا، فإن الثالث الذى لم يشهـد يأخذ نصيبـه بلا يمين، لأنه يأخذه بشاهدين، والشـاهدان يحلف كل واحد منهما مع صاحبه، ويأخذ بخلاف ما إذا كان وحده لأنه تبع وغيره قد حلف.

وقـال فى موضع آخـر عن الشيخ أبى الحـسن أيضًـا قال: لا يخلو حـال هذا الشاهد من وجهيم، إما أن يشهد معه غيـره أو ينفرد بالشهادة، فإن كان معه غيره شاهدًا جازت فى حق الغـير بغير يمين، وفى حقه بيمين، وإن انـفرد فلا يخلو ما شهد فيه، إما أن يكون كثيرًا فيمتنع فى حقه وفى حق الغير قولان، أو يكون يسيرا ففيه ثلاثة أقوال، قول مالك - رضى الله تعالى عنه.

الأول: يجوز له ولغيره، وقول يحيى بـن سعيد، ورواية ابن وهب، وقد تقدم ذكرهما.

مسألة: وفى «المقنع»: قال أصبغ فى «المستخرجة»، فى رجلين شهدا على وصية رجل، فشهـد كل واحد منهما لصاحبـه، أن الميت أوصى له بكذا، فإن كان على كتـاب واحد فيه ذلك لهـما فالشـهادة باطلة، لأن كل واحد منهـما يشهد لنفـسه ولغيره، وأما لو شهد على غير كتاب مكتوب فيه الوصية، فشهد أحدهما أن الميت أوصى لفلان بكذا، ثم قال المشهود له بالوصية: أشهد عند القاضى أن فلانًا الميت أوصى لفلان بكذا، يعنى الذى شـهد له بالوصيـة فهى جائزة لهـما، ويحلف كل واحد منهما مع شهادة الآخر.

مسألة: ولابن رشد فى «المقدمات»، على مسألة «التـهذيب» المتقدمة وما بعدها كلام فيـه جمع وتفصيل، رأيت إثبـاته هنا، قال: وأما التهمـة الحاصلة فى بعض الشهادة، فإنها تبطل جملة الشهادة على المشهور المعلوم فى المذهب، مثل أن يشهد رجل أن له أو لأبيه، ولرجل أجنبى على فـلان ألف درهم من معاملة أو سلف أو ما أشبهه ذلك، وقد وقع فى «المدونة» وغيـرها فى شهادة الشاهد، يشهد أن رجلاً أوصى له ولغيره بوصـية مال اختلاف كـثير، يفتقـر تحصيله إلى تفصـيل وتقسيم وذلك أنها مسألة تنقسم على قسمين، كل قسم منهما لا يخلو من وجهين:

أحد القـسمين: أن يكون الموصى أشهـد على وصية نكتـوبة، وقد أوصى فيـها للشاهد بوصية.

والقسم الثانى: أن يكون على لفظ بغير كـتاب، فيقول لفلان كـذا ولفلان كذا لأحد الشهود.

فأما القسم الأول: وهو أن يشهد الموصى على وصيتـه، وقد أوصى فيها للشاهد بوصية، فلا يخلو أن يكون ما سـمى الشاهد فيها يسيرًا أو كثيـرًا، فإن كان يسيرًا ففى ذلك أربعة أقوال:

أحدها: أن شهادة الموصى له لا تجوز لنفسه ولا لغيره، لأنه لا يتهم فى اليسير، كما يتهم فى غير الوصية، وهى رواية ابن وهب عن مالك -رضى الله تعالى عنه- فى «المدونة».

والثانى: أن شهادته تجـوز لنفسه ولغيره، فـإن كان وحده حلف الموصى لهم مع شهادته، أن ما شهد به من الوصية حق، وأخذ ماله فيها بشهادته مع أيمانهم، لأنه فى حكم التبع لجملة الوصية، وإن كان معه غيره ممن أوصى له أيضًا بيسير، ثبتت الوصية أيضًا بشهادتهما، وأخذ هو ما له فيها بغير يمين، وهذا قول ابن القاسم فى «المدونة»، ورواية مطرف عن مالك فى «الواضحة».

والثالث: أن شهادته تجوز لغيره ولا تجـوز لنفسه، وإن كان وحده حلف الموصى لهم مع شهادته، واسـتحقوا وصاياهم ولم يكن له شىء، وإن كان مـعه غيره ممن أوصى له فيهـا بشىء يسير أيضًا، ثبتت الوصـية بشهادتهما لمن سـواهما، وأخذوا

وصاياهم بغير يمين، وحلف كل واحد منهما مع شهادة صاحبه فاستحق وصيته، وإن كان معه من لم يوصى له فيها بشىء، ثبتت الوصية بشهادتهما لمن سواه، وحلف مع شهادة صاحبه فاستحق وصيته، وهو قول ابن الماجشون فى «الواضحة».

والرابع: أن شهادته تجوز له ولغيره إن كان معه شاهد غيره، فتثبت الوصية بشهادتهما، ويأخذ ماله فيها بغير يمين، وكذلك صاحبه أيضًا إن كان له فيها شىء، ويأخذ ماله فيها بغير يمين، وإن لم يكن معه شاهد غيره فإنها تجوز لغيره، ولا تجوز لنفسه ويحلف غيره مع شهادته، ويستحق وصيته ولا يكون له هو شىء، وهو قول يحيى بن سعيد فى «المدونة» وإن كان الذى أوصى به للشاهد كثيرًا فلا تجوز شهادته له ولا لغيرَه فى المشهور من الأقوال، وقال: تجوز شهادته لغيره، ولا تجوز لنفسه على قياس أصبع فى «نوازله» من «كتاب الشهادات»، فى العبدين يشهدان بعد عتقهما، أن الذى أعتقهما غصبهما من رجل مع مائة دينار، أن شهادتهما تجوز فى المائة دينار، ولا تجوز فى غصب رقابهما، لأنهما يتهمان أن يريدا إرقاق أنفسهما، ولا تجوز لحرٍ أن يرق نفسه ويقوم من قوله فى هذه المسألة، أن الشهادة إذا رد بعضها لتهمة جاز منها مالا تهمه فيه، وهو خلاف المشهور المعلوم.

وأما القسم الثانى: وهو أن يشهد الموصى على وصيته لفظًا بغير كتاب، فيقول لفلان كذا ولفلان كذا ولفلان كذا، لأحد الشهود، فلا يخلو أيضًا من أن يكون الذى أوصى به لأحد الشهود كثيرًا أو يسيرًا، فإن كان كثيرًا، فلا تجوز شهادته لنفسه باتفاق وتجوز لغيره، فإن كان وحده حلف الموصى لهم مع شهادته، واستحقوا وصاياهم، وإن كان معه غيره ممن يشهد لنفسه، يسير أيضًا حلف كل واحد منهما مع شهادة صاحبه، واستحق وصيته وأخذ من سواهما وصاياهم بشهادتهما دون يمين، وإن كان معه غيره ممن لم يشهد لنفسه بشىء حلف هو معه، واستحق وصيته وأخذ من سواه وصيته بشهادتهما دون يمين، وقد يقال: إنه لا تجوز شهادته لنفسه باتفاق، وتجوز لغيره على قول مطرف وابن الماجشون، ولا تجوز على ما فى «سماع أشهب» من «كتاب الشهادات»، فإن لم يكن معه غيره على مذهب ابن الماجشون ومطرف حلف الموصى لهم واستحقوا وصاياهم بأيمانهم

مع شهادته، ولمن كان معه غيره ممن يشهد لنفسه، حلف كل واحد منهما مع شهادة صاحبه فاستحق وصيته، إن لم تكن شهادة كل واحد منهما لصاحبه في مجلس واحد على مذهبهما في الشهود، يشهد بعضهم لبعض، أن شهادتهم لا تجوز إن كانت على رجل واحد في مجلس واحد، وأخذ من سواهما وصيته بشهادتهما دون يمين، ولم ينقل في النسخة التي نقلت منها حكم اليسير؛ فانظره في «باب الشهادات» منها.

مسألة: قال سحنون في المتكاريين السفينة، وقد نقدوا الكراء فعطبت قبل البلاغ، وأنكر قبض الكراء، قال: شهادة بعضهم جائزة ويرجعون عليه، ثم رجع فقال: لا تجوز إذ ليست بموضع ضرورة، وقد كانوا يجدون من يشهد سؤلهم إذا أرادوا أن ينقذوه الكراء.

مسألة: وفي «المقنع»: إن شهد شاهدان على وصيتين مختلفتين، ولهما في واحدة منهما شيء إن كان يسيرًا أجازت وإلا لم تجز فيهما جميعًا.

مسألة: قال ابن نافع عن مالك: وإذا شهد على وصية له فيها شيء ولغيره ومعينين ليس له فيها شيء، فإن كان ما للشاهد فيها تافهًا لا يتهم فيه جازت له ولغيره، ولا يمين له مع الشاهد الآخر، وإن كان شيئًا له بال لم تجز له ولا لغيره، وقد كنت لا أرى أن تجوز في قليل ولا كثير ثم رأيت هذا.

مسألة: قال عنه ابن القاسم فيمن أوصى في مرضه إلى امرأته، وإلى ثلاثة نفر أحدهم غائب، وقد أوصى لهم فيها بشيء، ولا يشهد عليها غيرهم، فيشهد الحاضران على ذلك، قال: إن كان ما أوصى لهما به يسير لا يتهمان فيه جازت شهادتهما، قال سحنون: لا أعرف هذا، ولا تجوز شهادتهما بحال، لأنهما يتهمان على ما يليان لليتامى.

مسألة: وقال ابن المواز في كتابه عن مالك: في شاهدين أوصى رجل إليهما وأشهدهما في ثلثه ماله ثلثه للمساكين وثلثه لفلان وثلثه لهما، قال: هذا يسير وتجوز لهما ولغيرهما، ولو كان شيء له بال لم تجز لهما ولا لغيرهما، وقد قيل: لا تجوز أصلا قل أم كثر، وبهذا أخذ ابن عبد الحكم.

مسألة: وفى «المجموعة» عن المغيرة: فيمن افترى على جماعة من الناس، هل تجوز شهادة أحد منهم فى ذلك لمن قام به؟ وكيف إن قال الشهود نحن لا نطلبه؟ فقال: إن كان قاله لجماعة عظيمة، مثل أهل مصر أو الشام أو أهل مكة جازت شهادة من شهد منهم لبعد الحمية والتعصب من هذا، وإن قاله لبطن أو فخذ مثل زهرة ومخزوم أو جيرانه، وجيرانه غير كثير، فلا تجوز شهادة بعضهم فيه ممن عنى بالقول للتهمة.

مسئلة: وأجاز سحنون شهادة من شهد على رجل أنه قطع من طريق العامة، وإن كان هو طريقه الذى يمر فيه إذا لم يل هو الخصومة بذلك.

مسألة: قال عيسى فى «المستخرجة»: فيمن احتضر وورثته أخواه شاهدان فى حق له، فقال لهما: اتركا منه موروثكما، أو يتركه أحدكما فتجوز شهادته، فيه ففعلاً أو فعل، قال: لا تجوز شهادته.

مسألة: وفى «المستخرجة» عن أصبغ: فيمن ترثه ابنته وأخواه، فتركا ميراثهما منه قبل موته، فلما مات وجدت الابنة ذكر حق له بشهادتهما، قال: هى جائزة إذ لا يجران إلى أنفسهما شيئًا.

مسألة: ومن أوصى له بعبد مبدأ، وبوصايا لقوم فشهد الموصى لهم أن الموصى له بالعبد مات قبل الموصى، جازت شهادتهم إذ لا نفع لهم بها، لأن الورثة يقومون مقام المبدأ، وليس للموصى لهم شىء مما بدىء به المشهود له بالمعبد.

مسألة: وقال عيسى فيمن احتضر، فقال ما شهد على به أبى من دين أو شىء فهو مصدق إلى مائة دينار، ولم يوقف وقتًا ثم مات فشهد فيه القوم بديون، وشهد لبعض الورثة بدين، فلا يثبت إلا بيمين، إن كان الشاهد عدلاً كالقضاء، وإن لم يكن عدلاً أو نكل المشهود له عن اليمين، لزم الشاهد قدر ميراثه من هذا الدين، وإن كان سفيها لم يجز إقراره فى ميراثه، قال مالك: ولم يحلف الطالب.

مسألة: قال المغيرة فى التى ماتت وليس لها وارث إلا بنات، فشهد أخوها وزوجها أنها حنثت فى رقيق لها فلا تجوز شادتهما، ويعتق عليهما حظوظهما من الرقيق، ولا يقوم عليهما ما بقى، وفى «المقنع» لابن بطال كثير من مسائل هذا الباب.

الباب الحادى والثلاثون

فى القضاء بالشهادات المختلفة

وفى «مختصر الواضحة»، قال ابن حبيب، وكان ابن القاسم، يقول فى أربعة نفر شهدوا على رجل أنه تكلم بكلمة واحدة فى مجلس واحد لهم يلفظ بغيرها، فقال الاثنان منهم: نشهد أنه قال إن امرأتى طالق، وقال الآخر: بل إنما قال غلامى حر، أو قال الاثنان منهم: نشهد أنه قال امرأتى فلانة المسلمة طالق، لم يلفظ بغيرها، وقال الآخران: لا بل قال امرأتى النصرانية طالق، أو شهد الاثنان بطلاق الحرة، والآخران بطلاق الأمة، أو قال الاثنان: إنما أعتق غلامه ميمونًا، وقال الآخران: بل مرزوقا، فإنه لا شيء عليه فى هذا كله إذا كان منكرًا، لأن الشهادة قد اختلفت، وأكذب بعضهم بعضًا، وأما مطرف وابن الماجشون فقالا: شهادة الفريقين من الشهود جائزة إذا كانوا عدولاً، لأن كلا شهد بغير ما شهد به الفريق الآخر، فهذه شهادة وهذه شهادة يقامان عليه جميعًا، وهكذا سمعنا مالكًا يقول وجميع أصحابنا، وهو الذى عليه حكم حكامنا، وقول علمائنا لا نعلم خلافه، قال عبد الملك: وبه نقول.

فرع: قال عبد الملك قال لى مطرف: ولو شهد هؤلاء الأربعة عليه بلفظة واحدة فى مجلس واحد، فشهد اثنان أنه قال: امرأته طالق ثلاثًا، وقال الآخران: بل إنما قال طالق واحدة، أخذ بقول الذين شهدوا على الثلاث، ولا يلتفت إلى خلافهم، إذا كانا عدلين.

فرع: وكذلك لو شهدوا أنه أقر لرجل بمائة، وقال الآخر بل إنما أقر بخمسين، قضى بشهادة الذين شهدوا على الأمير، وقاله ابن القاسم وأصبغ، وقال ابن الماجشون: يؤخذ بالذى اجتمعوا عليه من عدد الطلاق أو عدد الدنانير، ثم أحلف المشهود عليه فيما زاد أنه باطل بمنزلة ما لو شهد بذلك شاهد، لأنهم قد تكاذبوا فيما ناف على ما اجتمعوا عليه، ولا يشبه هذا الأول، لأن هذا أمر واحد واختلفوا فيه، ولو زعم الشاهدان الآخران أنه صمت ولم يتكلم فى هذه المسألة لم يلتفت إليهما، قال عبد الملك: وقول أصبغ وابن القاسم أحب إلى وبه أقول.

مسألة: وقال لى مطرف وابن الماجشون وأصبغ فى شهود شهدوا أن كتابًا فيه حكم قرئ على القاضى فجوزه، أشهد على تجويزه، وشهد آخرون أنه قرئ عليه ولم يسمع له تجويز، أو قالوا: لم يجوزه أصلاً، فإنه يؤخذ بقول الذين شهدوا أن ذلك تم، ولا يلتفت إلى قول الآخرين الذين قالوا: لم يتم أصلاً، أو لم نسمع له إتمامًا كانوا فى محضر واحد، أو فى غير محضر واحد، تكافئوا فى العدالة أو لم يتكافئوا فيها، بعد أن يكون الذين شهدوا على التمام عدولاً، وكذا لو كان الذى شهدوا فيه صلحًا أو بيعًا، فشهد بعضهم أنه تم، وشهد آخرون أنه لم يتم، هو على ما فسرت لك.

مسألة: قال مطرف وابن الماجشون: ولو شهد شاهد على رجل أنه طلق امرأته البتة، وشهد آخر أنه طلقها ثلاثًا، مضت الشهادة ولم تكن من باب شهادة الأبداد، لأنهما اجتمعا على التحريم بمنزلة ما لو شهد شاهد على رجل أنه سكر من خمر، وشهد أنه سكر من سكر، تمت الشهادة ووجب الحد لأنهما اجتمعا على السكر وفيه الحد، وقال أصبغ مثله، وكذا لو شهد أحدهما أنه قال: هى حرام، وشهد آخر أنه قال: هى البتة، أو شهد أحدهما أنه قال: هى خلية، وشهد الآخر أنه قال: هى بائن، فشهادتهما فى هذا كله تامة، لأن معناها على البت، وإن اختلف اللفظ وكذلك قال ابن القاسم.

مسألة: قال عبد الملك: وإذا اختلف فى الشهادة على الرائحة توجد من الرجال، فقال بعضهم: هى رائحة مسكر، وقال بعضهم: ليست برائحة مسكر، فإنه اجتمع عدلان على أنها رائحة مسكر أخذ بشهادتهما، ولم يلتفت إلى الآخرين إن كانوا عدولاً.

مسألة: وقال ابن الماجشون فى القوم يشهدون على الرجل بالزنا، ويتفقون فى شهادتهما على الرؤية، غير أنهم اختلفوا فى الأيام والمواطن: أن شهادتهم تامة، لأنهم اختلفوا فيما لو سكتوا عنه، كانت تامة، ولم يكن على الحاكم أن يقول لهم فى أى موضع كان ولا فى أى يوم، فلذلك لا يضر شهادتهم اختلافهم فيها، قال ابن عبد الحكم وأصبغ: أخبرنا ابن القاسم أن مالكًا كان يسقط الشهادة فى الزنا والسرقة، إذا اختلفوا فى الأيام والأشهر والمواضع، وأجاز ذلك فى القذف والخمر وأقاموا به الحد.

مسألة: قال مطرف وابن الماجشون: وإذا شهد الواحد على رجل أنه أقر لرجل بمائة، وقال الآخر: لا بل بخمسين، وقد اجتمعا على أن ذلك كان إقرارًا واحدًا، خير المشهود له، فإن شاء أخذ الخمسين بغير يمين لأنهما قد اجتمعا عليه فى شهادتهما، وإن شاء حلف مع الشاهد الذى شهد على المائة وأخذ المائة، ولو لم يقولا ذلك كان إقرارًا واحدًا، وإنما شهد كل واحد منهما بما سمع من إقراره على حدة، أو بما أشهده به على يد حاكم، وقال الطالب: هما حقان اثنان، وقال المطلوب: إنما هو حق دخل قليله فى كثيره، فالطالب يحلف مع كل شاهد منهما ويأخذ الحقين.

مسألة: وفى «المقنع»: ولو شهد شاهد أنه أقر لفلان يوم عرفة بمكة من سنة كذا بمائة أردب، وشهد آخر أنه أقر فى ذلك اليوم بعينه بمصر لآخر بمائة أردب، من قمح، وشهد آخر أنه أقر فى ذلك اليوم بعينه فى الشام بمائة أردب شعير لثالث، فإن كانوا فى العدالة سواء سقطت الشهادات كلها، وإن كان الأول والثانى سواء، والآخر دونهما سقطت الشهادات أيضًا، لأن العدلين يسقط كل واحد منهما صاحبه، وهما جميعًا يسقطان الذى دونهما، وإن كان واحدا عدل الثلاثة حلف معه المدعى، وأخذ ذلك دون غيره.

*****

الباب الثانى والثلاثون

فى القضاء بشهادة السماع

قال ابن رشد: شهادة السماع لها ثلاث مراتب:

المرتبة الأولى: تفيد العلم وهى المعبر عنها بالتواتر، كالسماع بأن مكة موجودة ومصر ونحو ذلك، فهذه إذا حصلت كانت بمنزلة الشهادة بالرؤية وغيرها مما يفيد العلم.

المرتبة الثانية: شهادة الاستفاضة، وهى تفيد ظنًا قويًا، يقرب من القطع ويرتفع عن شهادة السماع، مثل أن يشهد أن نافعًا مولى ابن عمر، وأن عبد الرحمن بن القاسم من أوثق من أخذ عن الإمام مالك - رضى الله عنه - فيجوز الاستناد إليها.

ومنها: إذا رؤى الهلال رؤية مستفيضة، ورآه الجم الغفير من أهل البلد وشاع أمره فيهم، لزم الصوم أو الفطر من رآه ومن لم يره، وحكمه حكم الخبر المستفيض، لا يحتاج فيه إلى شهادة عند الحاكم ولا تعديل، قاله الطرطوشى فى «تعليقه الخلاف».

ومنها: استفاضة التعديل والتجريح وما يستفيض عند الحاكم من ذلك، قال محمد بن عبد الحكم: من الناس من لا يحتاج أن يسأل عنه الحاكم لاشتهار عدالته.

ومنهم: من لا يسأل عنه لاشتهار جرحته، وإنما يكشف عمن أشكل وقد شهد ابن أبى حازم عند قاضى المدينة أو عاملها، فقال: أما الاسم فاسم عدل، ولكن من يعرف أنك ابن أبى حازم؟ فدل هذا على أن عدالة ابن أبى حازم لا تجترح أن يسأل عنها، وهو لا يعرف شخصه لشهرته بالعدالة، بل سأل أن يشهد عنده على عين ابن أبى حازم أنه هو.

ومن القسامة بالسماع بالاستفاضة قال ابن القاسم: مثل أن يعدو رجل على رجل فى سوق، مثل سوق الأحد وما أشبهه من كثرة الناس، فيقطع كل واحد ممن

حضر عليه بالشهادة، فرأى من أرضى من أهل العلم أن ذلك إذا كثر هكذا وتظاهر بمنزلة اللوث، تكون فيه القسامة؛ من «معين الحكام».

ومنها: قال أبو الوليد الباجى: وإذا بلغ من شهرة المحارب باسمه ما أكد تواتره باسمه، فأتى من يشهد أن فلانًا هذا، وقالوا: لم نشاهد قطعة الطريق إلا أنا نعرفه بعينه، وقد استفاض عندنا واشتهر قطعه للطريق، وما شهر به من القتل وأخذ المال والفساد، فإن للإمام أن يقتله بهذه الشهادة، وهذا أكثر من شاهدين على العيان.

فرع: وإذا كان الذين قطع عليهم الطريق غير عدول، أو كانوا عبيدًا أو نصارى، لم تجز شهادتهم على اللصوص، ولكن إذا استفاض ذلك من الذكر وكثرة القول، أدبهم الإمام ونفاهم؛ من «المنتقى».

المرتبة الثالثة: شهادة السماع: وهى التى يقصد الفقهاء الكلام عليها، ويتعلق النظر بصفتها وشروطها ومحلها.

فأما صفتها فإن يقولوا سمعنا سماعًا فاشيًا من أهل العدل وغيرهم، وقال محمد يقولون: إنا لم نزل نسمع من الثقات، وقال مطرف وابن الماجشون: يقولون سماعًا فاشيًا من أهل العدل، وهذه الشهادة تفيد ظنا دون شهادة الاستفاضة، وأجيزت للضرورة، وفى «مفيد الحكام»: وتفسير شهادة السماع، أن يشهد شاهدان أو أربعة على الاختلاف فى ذلك، أنهم لم يزالوا يسمعون أن هذه الدار صدقة على بنى فلان، أو أن فلانًا مولى فلان، قد تواطئوا على ذلك عندهم، وكثر سماعهم له وفشا حتى لا يدرون ولا يحفظون ممن سمعوه، من كثرة ما سمعوا به من الناس من أهل العدل وغيرهم، ولا يكون السماع بأن يقولوا سمعنا من أقوام بأعيانهم يسمونهم أو يعرفونهم، إذ ليست حينئذ شهادة سماع، بل هى شهادة على شهادة، فتخرج عن حد شهادة السماع.

وأما شروطها فسبعة:

الأول: أنه لا يستخرج بها من يد حائز، وإنما يشهد بها لمن كان الشىء بيده فتصحح حيازته. قال ابن المواز: مثل أن يكون رجل حائز دارًا، فيثبت رجل أنها لأبيه أو لجده، وهذا الرجل المدعى كان غائبًا، فيقيم الحائز بينة بالسماع فى تطاول

الزمان، أنه اشتراها من أبى هذا القائم أو من جده أو ممن صارت إليه منه، فيحكم له بقائها فى يده بهذه الشهادة، وحكى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون وابن القاسم، وأصبغ ما يقتضى أنه يستخرج بها من يد الحائز.

فرع: واشترط فى «المدونة» فى قبول شهادة السماع لتقرير الدار فى يد الحائز، أن تقول الشهود سمعنا أنه اشتراها هو أو أبوه أو جده من هذا القائم فيها، أو من أبيه أو من جده، ولو قالوا: سمعنا أنه اشتراها ولا ندرى ممن لم تنفع الشهادة لجواز أن يكون اشتراها من غاصب.

فرع: وكذلك السماع فى الأحباس، إذا شهدت بينة بالسماع أنه حبس على الحائزين له وهو تحت أيديهم، أو يكون لا يد لأحد عليه، فتشهد بينة بالسماع أنه حبس على بنى فلان، أو لله تعالى ما بقيت الدنيا، فهذا الذى تصح فيه شهادة السماع إذا تطاول الزمان.

الثانى: الزمان، قال مالك: لا تجوز شهادة السماع فى ملك الدار خمس سنين. قال ابن القاسم: وإنما تجوز فيما أتت عليه أربعون أو خمسون سنة، حكاه ابن هشام فى «مفيد الحكام»، ولم ير خمسة عشر فى كتاب محمد طولاً، وعدها طولاً فى كتاب ابن حبيب. قال ابن الهندى: وروى أنها تجوز فى العشرين، لأن الشهود تبيد فى ذلك لقصر الأعمار. وقيل: إن كان وباء فهى طول وإلا فلا، يغنى الخمسة عشر، لأن فى الوباء تموت الشهود فتفيد حينئذ شهادة السماع.

الشرط الثالث: السلامة من الريب، فإن شهد اثنان بالسماع، وفى القبيلة مائة من أسنانهما لا يعرفون شيئًا من ذلك، لم تقبل شهادتهما إلا أن يكون علم ذلك فاشيًا فيهم، قال ابن القاسم: فإن شهد بذلك شيخان كبيران قد باد جيلهما قبلت شهادتهما، وإن لم يشهد بذلك غيرهما، قال ابن الهندى: إذا كانا عدلين، وفى «تنبيه الحكام»: ومثل ذلك لو كانا طارئين فشهدا باستفاضة موت أو نحوه ببلدهما، وليس معهما من ذلك الموضع غيرهما فشهادتهما جائزة.

الشرط الرابع: أن يحلف المشهود له، قال ابن محرز: ولا يقضى لأحد بشهادة السماع إلا بعد يمينه، لاحتمال أن يكون أصل السماع من شاهد واحد، والشاهد الواحد لابد معه من اليمين.

الشرط الخامس: أن لا يسمعوا المسموع منهم، وإلا كان نقل شهادة فلا تقبل إذا كان المنقول عنهم غيـر عدول، وقال بعض الشيوخ: شهادة السـماع إذا كان ينتزع بها فلا تجـوز إلا على السماع من العدول، وإن كـانت ليقربها فى يد الحـائز فهذه مختلف فى اشتراط العدالة فيها.

تنبيه: قال ابن الهندى: إن سقط من أهل الشهـادة فليست شهادته تامة، وزعم بعضهم أنهم إذا قالوا فى شهادتهم من أهل العدل أنها ليست شهادة على السماع، وإنما هى شهـادة على شهادة، فـلابد لهم من تسمـية العدول الذين شـهدوا على شهادتهم، ويرى القائل بذلك أن شهادة السمـاع تنعقد بقولهم: لم يزالوا يسمعون سماعًـا فاشيًا، وسقط من الشهـادة من أهل العدل ومن الدليل على أن ذلك ليس كما قال: إن الشهادة بالسماع الفاشى إذا سقط منها أهل العدل، فلا تعمل الشهادة ولا تفيـد، لأنه قد يسمع ذلك من اللفيف وغـير العدول، ولا تقبل الـشهادة ولا تعـمل شيئًـا، فالشـهادة فى السـماع لا تكمل إلا بـأن يضمن فـيها أهل الـعدل وغيرهم، ولا تكون الشـهادة بذلك شهادة على قـوم مسمين بأعيانهم، كـما ظهر للقائل بذلك، لأنه قد ينسى السامعـون العدول الذين سمعوا ذلك منهم، وهم قد أيقنوا أنهم سمعوا ذلك سماعًا فاشيًا متصلاً من أهل العدل وغيرهم، وعلى تجويز ذلك وعقده فى المكاتب، مضى الناس وأثبـتت السجلات والأحكام ولم يأت آخر هذه الأمة بأفضل مما جاء به أولها.

الشرط السادس: أن يشهد بذلك اثنان فـصاعدًا، ويكتفى بهمـا على المشهور، وقال عبد الملك وابن الماجشون: أربعة.

الشرط السابع: أن يكون السمـاع فاشيًا من الثـقات. قال ابن عبـد السلام: أما كونه فاشـيًا فمتفق عليـه، وأما كونه من الثقات فـمنهم من شرطه، ومنهم من لم يشترطه، لأن المقصود أن يحصل للشاهد علم أو ظن يقاربه، وربما كان خبر العدل فى بعض الأوقات مـفيدًا، لما يفيـده خبر العدل لقـرائن تحتف به، ومنهم رأى أنه لابد من السماع من غـير العدل ومن العدل، وأن كون السماع مـقصورًا على أهل العدل يخرجه إلى نقل الشهادة عن المعينين، وذلك باب آخر.

وأما محل شهادة السماع، فقد ذكر القاضى أبو الوليد بن رشد من المواطن التى يشهد فيها بالسماع أحدًا وعشرين موطنًا، وقد نظمتها فى هذه الأبيات:

أيا سائلى عما ينفذ حكمه ... ويثبت سمعًا دون علم بأصله

ففى العزل والتجريح والكفر بعده ... وفى سفه أو ضدٍّ ذلك كلِّه

وفى البيع والأحباس والصّدقات مع ... رضاع وخلع ونكاح وحلِّه

وفى قسمة أو نسبة وولادة ... وموت وحمل والمضرّ بأهله

فقد كملت عشرين من بعد واحد ... تدل على حفظ الفقيه ونبله

وزاد عليه ولده ستة نظمها أيضًا فى هذه الأبيات:

ومنها هباتٌ والوصيةُ فاعلمن ... وملكٌ قديمٌ قد يظن بمثله

ومنها ولاداتٌ ومنها حرابةٌ ... ومنها إباقٌ فليضم لشكله

أبى نظم العشرين من بعد واحد ... واتبعتها ستًا تمامًا لفعله

قال ابن راشد: قوله فى النظم «أو ضد ذلك كله»، يعنى الولاية والتعديل والإسلام والرشد، وقوله: «والوصية» يريد ما حكاه أبو عمر فى الكافى إذا شهدوا أنهم لم يزالوا يسمعون أن فلانًا كان فى ولاية فلان، وأنه كان يتولى النظر له والإنفاق عليه بإيصاء أبيه به إليه، أو بتقديم قاضى عليه، وإن لم يشهدهم أبوه بالإيصاء ولا القاضى بالتقديم، ولكنه علم ذلك بالاستفاضة من أهل العدل وغيرهم، فإن ذلك جائز، وتصح الوصية إذا شهد بذلك شاهدان، وفيها بين أصحاب مالك اختلاف.

قال ابن راشد: وسئل ابن زرب عن وصى قامت له بينة بعد ثلاثين سنة، بالسماع على تنفيذ وصية أسندت إليه، فقال: شهادتهم جائزة. وفى «المتيطية» عن ابن عتاب: شهادة السماع جائزة فى خطوط الشهود الأموات، مثل أن يقول سمعت من أهل العدل أن هذه الشهادة شهادة فلان بخط يده. قال المتيطى عن ابن عتاب: وتجوز فى جائحة الأحباس. قال ابن الطلاع: وكذلك الثقة وخالفه فى ذلك ابن سهل. قال القرافى فى الفرق السادس والعشرين والمائتين، وزاد بعضهم:

البنوة والأخوة، وزاد العبدى: الحرية والقسامة، وصورتها ما تقدم فى أول هذا الباب فى المرتبة الثانية، فيمن قتل قتيلاً فى مثل سوق الأحد.

وفى «الطرر» عن «المقالات» لابن مغيث: أن شهادة السماع تعمل فى دفع النقد من الصداق، ونصه: إذا شهد للزوج بالسماع على السنة أهل العدل وغيرهم أنه تزوجها بنقد، وكالىء مبلغه كذا إلى أجل كذا برضا وليها فلان، وأنه دفع إليها النقد، فإن زوجيتهما ثابتة، والقول قوله فى دفع النقد مع يمينه، فقد أعمل شهادة السماع فى دفع النقد.

وذكر عن ابن مغيث: أن شهادة السماع فى النقد غير عاملة وهو أصح، وفى «مختصر الواضحة»: أن شهادة السماع جائزة فى الحيازات، فهذه سبعة وثلاثون موطنًا، رأى الأصحاب أنها مواطن ضرورة تجوز فيها شهادة السماع، ويجوز تحمل الشهادة فيها بالظن الغالب.

فروع:

الأول: قولهم تجوز شهادة السماع فى العدالة والجرحة. قال القرافى: قال علماؤنا إنما ذلك إذ لم يدرك زمان المجروح والمعدل فإن أدرك زمانهم فلابد أن تكون الشهادة على العلم، ومنع سحنون الشهادة على السماع فيها. قال ابن سحنون: لا تجوز الجرحة على السماع، وهو أن يقول إنه سمع فلانًا وفلانًا يقولان هو عندنا غير عدل؛ من «مفيد الحكام».

الثانى: لابد فى شهادة السماع على الموت، أن يقول الشهود: إنهم سمعوا سماعًا فاشيًا مستفيضًا من أهل العدل وغيرهم، أن فلانًا ابن فلان الفلانى الذى يعرفونه بعينه واسمه، توفى يوم كذا من شهر كذا من شهور[1] كذا فى وقت كذا، ولا يستغنى عن تاريخ اليوم الذى مات فيه من جهة من يوارثه، ليعرف بذلك من مات قبله ومن مات بعده؛ من «وثائق الجزيرى».

الثالث: قال ابن الهندى: وأما شهادة السماع على النسب، فصورة الشهادة فيها: أنهم يشهدون أنهم لم يزالوا يسمعون على قديم الأيام ومرور الشهور

(١) هكذا بالأصل، والظاهر كونها (من سنة كذا).

والأعوام، سماعًا فاشيًا منتشرًا من أهل العدل وغيرهم، أن فلانًا بن فلان قرشى، من فخذ كذا، ويعرفونه وأباه من قبله قد حاز هذا النسب، وبيناه فى شهادتهما لا يعلمون أحدًا يطعن عليهما فيه، وإلى حين تاريخ إيقاع هذه الشهادة، فإذا شهدوا بذلك فمن نفاه عن ذلك النسب حد له، وفى «مفيد الحكام»: أن شهادة السماع لا تفيد فى النسب، إلا أن يكون سماعًا فاشيًا مستفيضًا يقع به العلم، فيرتفع عن شهادة السماع ويصير من باب الاستفاضة والضرورة، وهذا مثل الشهادة بأن نافعًا مولى ابن عمر، وأن مالكًا بن أنس، وإن لم يعاين الشاهد بذلك أصله، وأما إن قصر عن هذا الحد فإنما يستحق بالشهادة المال دون الولاء والنسب، وذلك ما لم يكن للمال وارث مستحق.

الرابع: وأما شهادة السماع على الولاء، فصفتها أنهم لم يزالوا يسمعون سماعًا فاشيًا مستفيضًا على ألسنة أهل العدل وغيرهم، أن فلان بن فلان مولى لفلان بن فلان بولاء العتاقة، أو أن جده فلان لأبيه، قد أعتق جد المولى فلان لأبيه، ويحتاج المشهود له إذا توفى المشهود عليه بالولاء، أن يثبت الموت والوراثات حتى يبلغ إلى موت المشهود عليه، إلا أن يكون موت الأول وما بعده قد بعد فيسقط الإثبات لذلك، ويستحق بهذه فى رواية ابن القاسم المال مع يمينه، ولا يثبت الولاء ويستحق فى قول أشهب الولاء والمال فى «وثائق أبى القاسم الجزيرى»، وبقول ابن القاسم القضاء.

فرع: وفى «تنبيه الحكام»: الشهادة على السماع فى الولاء والنسب لا يحكم للمشهود له به إلا بعد يمينه، لأنها عنده ليست بشهادة قاطعة، ثم لا يستحق بعد اليمين حكم الولاء والنسب، وإنما يستحق ذلك الميراث الحاضر، وأن توجه له ميراث آخر يستحقه، بذلك الولاء والنسب، كما لو مات مولى المتوفى الأول أو ابنه لم يستحقه بالشهادة الأولى، حتى تكون الشهادة بالسماع فى استحقاق ولاء هذا الميت، ويحلف أيضًا كما فعل فى الأول، وقال أشهب: يستحق الولاء والنسب بشهادة السماع دون يمين.

*****

الخامس: وأما شهادة السماع فى النكاح، فإذا ادعى أحد الزوجين النكاح وأنكره الآخر، فأتى المدعى ببينة سماع فاشٍ من أهل العدل وغيرهم على النكاح، واشتهاره بالدف والدخان، ثبت النكاح بينهما، هذا هو المشهور المعمول به، وقال أبو عمران: إنما تجوز شهادة السماع فى النكاح، إذا اتفق الزوجان على ذلك، وأما إذا ادعاه أحدهما وأنكره الآخر فلابد؛ من «المتيطية».

السادس: وأما الشهادة على السماع فى الحبس، فلابد أن يشهد الشهود أن ذلك كان يحاز بما تحاز به الأحباس، ويحترم بحرمتها، وأنها كانت ملكًا لمن بتل فيها الحبس المذكور، ويجاوزونها بالوقوف عليها، وإن لم يشهدوا بأنها تحاز بما تحاز به الأحباس، وتحترم بحرمتها سقطت الشهادة، وقال بعض الأندلسيين: لو شهدوا على أصل المحبس بعينه لم يكن حبسًا، حتى يشهدوا بالملك للمحبس يوم حبس.

فرع: قال ابن الهندى: إذا ذكروا فى وثيقة الشهادة على السماع فى الحبس اسم المحبس، وكان قد توفى فلا بد من اثبات موته، وعدة ورثته على تناسخ الوراثات، ثم يعذر فى ذلك إلى ورثته، فإن لم يكن لهم مدفع نفذ ذلك، وقد قيل: إنه إذا بعد عهد موت المحبس وتعذر إثباته وإثبات ورثته، أن ذلك ساقط وأنه لا يلزم إثبات ذلك، والقائل بذلك يحده بنحو الخمسين والستين سنة، وكذلك يسقط مع القدم إثبات الملك، وإن قال الشهود سمعنا أنها حبس، ولم تسمع عن المحبس من هو، لم يضر ذلك الشهادة وهى تامة.

فرع: وهل يلزم ذكر المدة التى سمعوا فيها؟ ويذكرون ذلك فى الوثيقة، قال المتيطى: أما إسقاط مدة السماع، فهو الذى جرى به العمل، وقال ابن المكرى وغيره من فقهاء الأندلس: لابد أن يذكر فى الوثيقة مدة السماع لذلك لما وقع من الخلاف فى قدر المدة التى تجوز فيها شهادة السماع.

السابع: وأما الشهادة بالسماع على الضرر، فإذا شهد به بالسماع الفاشى من قول النساء وغيرهن من الرجال جاز، وكذلك إن شهد لها شاهد واحد بمعرفة الضرر، وشهد لها بالسماع بعد ذلك، إذا لم يكن عند الزوج فيه مدفع ولا يمين عليها، قال ابن القاسم: سألت مالكا عن شهادة السماع فى ذلك فقال: لا أرى

ذلك يخفى على جيرانهما، فإذا كان إضراره بها مشهورًا معروفًا حتى تواطأ سماعهم على ظلمه لها فى إساءة عشرتها فى غير ذنب منها تستوجب به مثل ذلك، وشهد على ذلك النساء العدول، أو غيرهن من الرجال على سماعهم من النساء، طلقها عليه السلطان، وقد تستحق المرأة الضرب الوجيع بالذنب ترتكبه، وقد شج ابن عمر -رضى الله عنهما- زوجته، انتهى من «مفيد الحكام».

الثامن: وأما الشهادة بالسماع فى الملك القديم، فمثال ذلك رجل فى يديه دار تعرف به وبآبائه من قبله، فيأتى رجل ببينة تشهد له أنها ملكه قديمًا، فيأتى الذى هى فى يده بمن يشهد له على السماع الفاشى، أنا لم نزل نسمع بانتقالها إلى الذى هى فى يده من قبل آبائه، بالشراء أو بالصدقة ونحو ذلك، وهى شهادة توجب عند مالك وأصحابه، الدار للذى هى فى يده، دون الذى يشهد له أنها ملكه قديمًا، فهذا ومثله مما تجوز فيه شهادة السماع إذا كان شيئا متقادما، ولا تجوز شهادة السماع الفاشى للمدعى الطالب، وإنما تجوز للذى هى فى يديه حائز لها، بتقادم العهد ومضى الزمان، ولا تسمع شهادة السماع إذا قام بها من ليس الربع فى يده، يريد إخراج ذلك من يد حائزه على المشهور، واختلف هل يؤخذ بها ما ليس عليه يد كعفو الأرض؟

الفرع التاسع: شهادة السماع بالوصية، وقد تقدم تفسيره عقب الأبيات؛ من كلام ابن راشد.

*****

الباب الثالث والثلاثون

فى القضاء بالشهادة على الشهادة

قال ابن عبد السلام: وقد اختلف العلماء فى الحكم بالشهادة على الشهادة، فمذهب مالك -رضى الله عنه- قبولها وإعمالها فى سائر الأمور، مالاً كان أو عقوبة، وشرط صحة تحملها الموجب لقبولها، أن يقول شاهد الأصل لشاهد الفرع: أشهد على شهادتى، أو على أن فلانًا أشهدنى بكذا، وفى «تنبيه الحكام»: يشترط فى إستباحة نقل الشهادة إذن المنقول عنه فى شهادة الناقلين على شهادته، لأنه أداء لتلك الشهادة استحلفهما على القيام به عند الضرورة.

فرع: فإن سمعه يخبر بأن فلانا أشهده، ولم يقل أشهد على أو انقل عنى هذه الشهادة وشبه ذلك، لم ينقل لما علم من عوائد الناس أن تحرزهم فى الإشهاد والشهادة، أقوى من تحرزهم فى الإخبار، ولو كان المتكلم فى غاية الورع، وفى الشهادة لا يشهد إلا بما سمع من غير زيادة ولا نقص.

فرع: فإن فات هذا الشرط بخصوصه، فهل يقوم مقامه سماع شاهدين يؤديان شهادتهما عند القاضى؟ ثم يموت هذان الشهادان أو يعزل القاضى؟ قال ابن القاسم: لا بأس للشهود الذين سمعوا أن يشهدوا بها وهى شهادة تامة، ومنع ذلك أشهب؛ من «المتيطية»، قال ابن راشد: ومنع من ذلك ابن المواز، وفيه بعد لحصول المساواة بين الصورتين قطعًا فيما يجب التحرز منه وما لا يجب.

فرع: وكذلك اختلفوا إذا سمعه يشهد غيره، فهل يشهد هذا السامع؟ وإن لم يشهده فى ذلك قولان.

فرع: قال ابن راشد فى «منتقى الأحكام» عن ابن القاسم: ومن سمعته يقول: أشهد أن لفلان على فلان مائة دينار، ولم يشهدك فاشهد بما سمعت إن كنت سمعته يؤديها عند الحاكم ليحكم بها، وإلا فلا حتى يشهدك، إذ لعله لو علم أنك تنقلها عنه لزاد أو نقص، وإنما تشهد بما سمعت من قذف وعتق وطلاق، بخلاف الحقوق لأن ذلك كلام مستقصى.

فرع: ولا تشهد بقول القاضى ثبت عندى لفلان كذا حتى يشهدك؛ قاله ابن هشام فى «مفيد الحكام».

فرع: فلو قال القاضى بعد عزله: أن فلانا شهد عندى وشهد معه غيره فهى شهادة جائزة؛ من «المتيطية».

مسألة: اختلف فى شهادة الأب على شهادة ابنه، وشهادة الابن على شهادة أبيه، ففى «الواضحة» جواز ذلك وهو قول مطرف، وقيل: إن ذلك لا يجوز وهو قول أصبغ، وفرق ابن الماجشون بين شهادة كل واحد منهما مع صاحبه، وشهادته وبين شهادته على حكمه بعد عزله فأجاز ذلك فى الصورتين الأوليين؛ انظر «البيان» فى «الأقضية».

فصل: اعلم أن الشهادة على الشهادة لا تسمع إلا بموت الأصل أو مرضه أو غيبته بمكان لا يلزم الأداء منه، لأن النقل إنما أبيح مع الضرورة ولا يباح مع غيرها، لأن النقل عنهم مع حضورهم مشعر بريبة، ويقع الشك فى صدقهم، لإمكان أن يكونوا إنما تأخروا عن أداء الشهادة خشية أن يستفسرهم الحاكم استفسارا يتحيرون فى الجواب، أو غير ذلك مما يتقى، وأيضا فإن الظن الحاصل للقاضى من سماع شهادة الأصل، أقوى من الظن الحاصل له من شهادة الفرع، فلا ينبغى أن يقتصر على الأضعف مع قدرته على الأقوى.

تنبيه: قال ابن سهل: وصورة نقل الشهادة عن المريض، أن يكتب شهد عند القاضى فلان بن فلان بن فلان، أن فلانا أشهدهما لمرضه المانع له من الخروج، أن شهادته الواقعة فى هذا الكتاب حق حسب وقوعها فيه، قال: وما يكتب الناس اليوم وسؤالهما نقلها عنه جهل لا يجب عمله.

فرع: قال ابن المواز: ولا ينقل فى الحدود إلا فى غيبة بعيدة، فأما اليومان والثلاثة فلا، قال ابن عبد السلام: يعنى إذا غاب عن موضعه هذا القدر لأنه قد يعود عن قرب، قال ابن المواز: فأما من كان موضعه على مسيرة يومين أو ثلاثة، فلا يشخص ويجوز نقلها عنه، ويجوز ذلك فى غير الحدود، وقال سحنون: إن كانت المسافة يقصر فى مثلها الصلاة أو الستين ميلا، كتب القاضى إلى رجل تشهد عنده البينة، ولم يفرق بين حد ولا غيره.

فرع: أما المـرأة، فإنه ينقل عنهـا مع حضـورها فى البلد لما ينالهـا من الكشف والمشـقة، قـال مطرف: لم أر فى المدينة امـرأة قط أدت ولكن يحـمل عنهـا وهو صواب، وأبي من ذلك كله أشهب وعبدالملك، ولم يريا للنساء مدخلا في النقل، وإن كان على شهادة بمال لأن النقل غير المال، واستحسنه سحنون.

فرع: فلو تغـيرت حال شـاهد الأصل بعد الإذن، مـثل أن يطرأ عليـه فسق أو تحدث بينه وبين المشهود عليه عداوة امتنعت الشهادة، لأن حدوث هذه الأشياء يدل على سبقـية مقدمتـها قبل ذلك، فلو تغيرت حـال الأصل بعد ذلك إلى العدالة، فهل للشـاهد الفرع أن ينقل عنه الآن من غير أن يجـدد له شاهد الأصل الإذن فى الشهادة والنقل عنه؟ قال المازرى: فى ذلك خلاف بين الناس، ولم يصرح بأن هذا الخلاف في المذهب أو خارج المذهب.

فرع: وليس على شهود النقل تزكية شهود الأصل، لكن إن زكوهم صحت.

مسـألة: إذا دعيت أن تشـهد على شهـادتك فلك أن لا تفعل، فـإن كانت فى حبس أو ما فى معناه مما يراد تأبيده، فينبـغى أن تشهد على شهادتك، وكذلك إن كان بدين منجم سنين كثيرة.

مسألة: وإذا أشهدت على شهـادتك، فلك أن تشهد معدلا وغيـر معدل، فإذا صارت فـيه أوصاف العـدالة نفذت، وقـد كان فيـما تقدم يـشهد فى الأحـباس، وشبهها صبيان المكاتب الذين يعقلون ما يكتبون.

فرع: وتجوز شهـادة النساء على شهادة غيرهن فـيما تجوز فيـه شهادتهن وليكن معهن رجل، ومنع من ذلك أشـهب وعبدالملك مطلقا، وأجـاز أصبغ نقل امرأتين عن امرأتين فيما ينفردن به، قـال ابن راشد، وقال ابن القاسم: لا يجزئ فى ذلك إلا رجل وامرأتان ولا تجزئ فيه النساء إلا به.

فرع: وإذا شهد الشهود على شهادة غيرهم في عـقد، سقطت منه معرفة المشهد على نفـسه فذلك تام، لأن المـشهد على شـهادته يحـمل على أنه لم يشهـد على شهادته إلا وقد عرف المشهد على نفسه.

فرع: وإذا شهد شهـود على شهادة قوم لا يعرفونهم، فـشهادتهم مردودة، وإن كان المشـهود على شـهادتهم عـدولا؛ انظر «البـيان»، وقال ابن لـبابة وغيـره من الشيوخ فى شهادة رجلين شهدا على شـهادة رجل، أن فلانة بنت فلان أشهدتنى، ولم يذكر فى شهادته أنه يعرفها بالـعين والاسم أن الشهادة تامة، وقوله: أشهدتنى فلانة معرفة لا محالة فيها.

فرع: ولا تجوز شهادة النساء علَى شهادة رجل، ولو كن ألفًا إلا مع رجل، لأن الشهادة لا تثبت إلا برجلين أو رجل وامرأتين.

فرع: فإذا أشهد الأصل شاهدى الفرع على شهادتهما، وكان تاريخها قديما أقدم من وقت إشهادهما، فلا تحتاج شـهود الفرع أن يؤرخوا شهادتهم وترك التاريخ لا يضر وإلى هذا ذهب ابن عـتاب وأبو محمـد المعيطى وأبو محـمد بن الدباغ وابن القطان. قـال ابن سهل: وكـذا رأيت العمل بقـرطبة، ولا يزيدون على قـولهم، وشهـد على إشهـادهما بذلك فـلان وفلان، ورأيت أهل أشـبيليـة يؤرخون وقت إشهـاد الشهـود على شهـادتهم، والأمر فى ذلك واسع، وفى «وثائق الغـرناطى» قيل: لابد للشاهد من أن يؤرخ شهادته إلا فى موضعين:

أحدهما: ما أشهد فيه القضاء والحكام من تسجيلهم.

والثانى: إشهاد الشهود على شهادتهم على خلاف.

مسألة: ويكفى فى صحة نقل الـشهادة فيما عـدا الزنا، أن يكون الناقلان اثنين بشرط أن لا يكون أحـدهما أحد شاهدى الأصل، لأنه إذا كان أحـد الناقلين صار الحق إنما ثبت بشاهد واحد.

مثـال ذلك: إذا شهـد رجل على علمه فى حـق، وشهد هو وآخـر على رجل ينقلان فى ذلك الحق فلا تجوز، لأن واحدا أحيا الشهادة، وتجوز الشهادة على علم نفسـه، ولا يجوز نقله عن الآخر، وكـذلك إذا شهد رجلان على شـهادة رجل، وشهد أحدهما وثالث على شهادة الآخر فى ذلك الحق فلا تجوز، لأن واحدا أحيا شهادتهـما، وقال ابن المواز: ذلك جائز، لأن الواحد جمع الاثنين، فلـو كان معه آخر ينقل مـعهـما لجاز، فكيف وهـو مع رجلين كل واحد ينقل عن رجل؟ فـهذا

أقوى، ثم هذان الشاهدان اللذان نقلا عن واحد، يصح نقلهما عن الشاهد الثانى من شاهدى الأصل على المشهور، وقيل: لابد من آخرين.

مسألة: وكذلك ينقل اثنان كلاهما عن رجل وامرأتين فى الأموال، وما يئول إليه فيثبت الحق، وينقلان أيضا عن رجل فقط، ويثبت الحق مع يمين المستحق، أو قيام شاهد آخر على الأصل، ويجوز نقل رجل وامرأتين، وأما فى الزنا فيكتفى بأربعة على كل واحد من الأربعة، وروى مطرف: أنه لابد من ستة عشر، أربعة عن كل واحد، وبالأول قال ابن الماجشون، وقال: أما إن تفرقوا فثمانية عن كل واحدا اثنان، وقد تقدم بعض هذا.

*****

الباب الرابع والثلاثون

فى القضاء بالشهادة

على الخط

وفى «الطرر» لابن عات: الخط عندنا شخص قائم، ومثال مماثل تقع العين عليه، ويميزه العقل كما يميز سائر الأشخاص والصور، فالشهادة على الخط جائزة لما ذكرناه، وكذلك حكى الشيخ أبو اسحاق فى كتابه عن مالك وغيره من أصحابه، أن الخط شخص يميزه العقل كما يميز الأشخاص، مع جواز الاشتباه فيها، فلذلك تجوز فى الخطوط، ويؤيد ذلك اعتبار الشبه في القافة وإلحاق النسب بسبب الشبه والحكم بذلك، فالخط من هذا الباب، قال الأبهرى: تجوز الشهادة على الصور، وإن كان يشبه بعضها بعضا، وليس ذلك الأغلب يعنى الاشتباه، وكذلك الخطوط تجوز الشهادة عليها، وإن كان يشبه بعضها بعضا إذ الاختلاف فيها أغلب، وقال ابن راشد: الشهادة على الخط حصل فيها حاسة البصر وحاسة العقل، فالبصر رأى خطا فانطبع فى الحاسة الخيالية، والعقل قابل صورته بصورة ذلك الخط، يعنى خط الرجل الذى رآه يكتب غير مرة، حتى انطبعت صورة خطه فى مرآته، فإذا قابل العقل تلك الصورة بالصورة التى رآه يكتبها، قال هذا خط فلان، بقى النظر ها هنا، هل يقال إن الخطوط تشابه فيحصل الغلط للعقلاء؟ ويقال التشابه نادر والاعتماد على ما يحصل عند العقل، فهذا هو سبب الخلاف، فيخرج من هذا قولان بالجواز، وهو الصحيح المعمول به لما قلناه، والمنع خوف التشابه.

وقال ابن عبدالسلام: من عرف خط الشاهد بكثرة رؤيته لكتابته، ثم أتى بشىء مما كتبه ذلك الإنسان ليشهد بأنه خط، فالشاهد لم ير هذا الخط حين كتبه كاتبه، فاعتماده فى الشهادة إنما هو على ظن حصل فى ذهنه، أن الذى رآه الآن هو من نوع الذى كان رأى ذلك الكاتب يكتبه، وجعل هذا مدركا للشهادة فى غاية الضعف، وأحرى إذا شهد على خط من لم يره يكتب ولم يجمعه وإياه زمان ولا

مكان معتمدا على كثرة ما رأى من خطه، الذى ينسب إليه والصحيح ما تقدم، وتقدم فى باب الشهادة على السماع، أن شهادة السماع فى خطوط الشهود الأموات جائزة فانظره؛ وفى «المتيطية» وقول ابن القاسم: فى معرفة الخط، إنها كمعرفة الشهود الثياب والدواب وسائر الأشياء لا فرق بين ذلك.

قال بعض الشيوخ: وهذا يدل على أن الشهادة على الخط إنما تكون على القطع، وفى كتاب القروى أن الشهادة فى ذلك إنما هى على العلم.

فصل: والخطوط على ثلاثة أقسام:

القسم الأول

خط الشاهد الذى يتعذر حضوره عند القاضى لموته أو غيبته، والمشهور من المذهب أنها جائزة، ورواه ابن وهب ومطرف عن مالك، وهذا ما لم يستنكر الشاهد شيئا، وروى عن مالك أيضا: أنها لا تجوز. قال ابن عبدالسلام: قال الباجى مشهور قول مالك أن الشهادة على خط الشاهد لا تجوز، وبالجواز قال ابن القاسم وابن وهب وسحنون، وقال ابن راشد: قال الشيخ أبو الوليد بن رشد: لم يختلف قول مالك فى الأمهات المشهورة فى إجازتها وإعمالها، وروى عنه أنها لا تجوز، وإليه ذهب محمد وجعل علة الشهادة على خطه، كالشهادة على شهادته إذا سمعها منه ولم يشهده عليها، فلا يجوز أن يتحملها عنه، قال وقد يكتب بخطه فيما يستريب فيه وقت الأداء، وقد يكتب على من لا يعرف بعينه ولا باسمه؛ انتهى.

وقد يكتب شهادته على نوع من الإكراه، وشاهدت هذا فى حكومة رفعت إلى حاكم تتضمن هبة لوجه الله تعالى، وأنه وهب ذلك فى حال صحته وجواز تصرفه، طائعا مختارا وأنه أجاز ذلك، وفى الهبة خط بعض أهل العلم ويغرهم من العدول، وكانت الهبة على سبيل الإكراه وكتابة الشهود على نوع من ذلك، وكان الحاكم يعرف باطن القضية فرصفها عن نفسه، وذهب ابن لبابة إلى ما ذهب إليه محمد بن المواز، من منع العمل بها فى الأحباس وغيرها، وهو الاحتياط لما كثر من الفساد والتلبيس، وربما كان أصل المكتوب على وجه التقية، وشهوده لو كانوا أحياءً أخبروا بذلك، فيعمل بالشهادة على خطوطهم فيما لا يشهدون به لو حضروا، وقال ابن المواز: ما علمت من حكم بها.

فرع: قال ابن زرب: لا تجوز الشهادة على خط الشاهد، حتى يشهد هذا الشاهد أن صاحب هذا الخط كان يعرف من أشهده معرفة عين، قال بعض الشيوخ: وذلك صحيح لا ينبغى أن يختلف فيه، لما قد تساهل الناس فى وضع شهاداتهم على من لا يعرفون. قال ابن راشد: وهذا فيه تضييق، وظاهر كلام المتقدمين أنه لا يحتاج إلى ذلك، ويحمل العدل أنه لا يضع شهادته، حتى يعلم أنه يشهد على خطه وأنه لا يضعها إلا عن معرفة، وإلا كان شاهدا بزور، والفرض أنه عدل، وبهذا جرى العمل عندنا بنقضه وهو الصواب، وفى «الطرر»: وإنما أراد ابن زرب إذا لم يكن فى الوثيقة التى فيها شهادة المشهود على خطه، أنه يعرف المشهود عليه معرفة العين، فإن كان فيها ويعرفهما بأعيانهما فهى شهادة تامة، لأنه على ذلك كتب شهادته ونسبه إلى «مختصر الثمانية»، وفى «المتيطية»: وإذا احتيج إلى الشهادة على معرفة خطوط الشهود فى وثيقة قد سقط من عقدها معرفة عين المشهود عليه، وكان الأمر مشكلا لا يدرى إن كان الشهود المشهود على خطوطهم كانوا يعرفون المشهود عليه أم لا، فمن أجاز الشهادة على الخط قال: لا يحتاج الشهود الذين يشهدون على معرفة خطوط الشهود، أن يكتبوا شهادتهم أن المشهود على خطوطهم كانوا يعرفون المشهد على نفسه فى العقد، ويشهد بذلك غير من يشهد على معرفة الخط، وإلا فالشهادة على معرفة الخط ناقصة.

فرع: وفى «الطرر»: وإذا كتب الرجل ذكر حق على من لا يعرفه الشهود، فالأحسن أن يكتب نعته وصفته، ويشهد الشهود على الصفة حيا أو مات أو غاب، وقد قال بعضهم: يكتب اسمه وقريته ومسكنه، ويجتزى بذلك، قال: والأول أحسن، لأنه قد يتسمى الرجل بغير اسمه وغير مسكنه وغير موضعه، فإذا لم يعرفه الشهود بعينه ولا وصفوه بصفته دخله ما ذكرنا.

فرع: وفى «مختصر الواضحة» قال ابن حبيب: وقال لى مطرف وأصبغ فى إيقاع الشهادة فى الصحيفة بأمر الذى كتبت عليه، وهم لم يقرءوها ولم تقرأ عليه، إذا كان المشهود عليه ممن لا يشك الشاهد أنه قد أحاط بما فيها علما، فأوقع شهادتك إذا قال لك ما فيها حق، وإن كان أميا وإن لم تقرأ عليه، إن كان ممن يظن أنه لم يحط بها علما، وممن يخشى أن يكون مخدوعا فلا توقع شهادتك فيها حتى تقرأها عليه، وإن قال لك ما فيها حق أميا كان أو قارئا.

فرع: وقال ابن حبيب وقال لى مطرف عن مالك: لا يوقع الرجل شهادته على من لا يعرف، حتى يكون معه من يعرفه به، وقال لى ابن الماجشون وأصبغ وابن عبدالحكم مثله، وأخبر به أصبغ عن ابن القاسم، وذلك خيفة أن يأتى رجل فيتسمى باسم رجل غيره، ويشهد أنه باع داره بموضع كذا، أو عبده فلانا من فلان، وتلك الدار لغيره، فيوقع الشاهد شهادته على من لا يعرف، ثم يموت الشاهد فيشهد على خطه فتجوز الشهادة فيخرج صاحب الدار من داره، ويخرج العبد من ملكه، قال مطرف وابن الماجشون: وقد فعل شبه هذا عندنا، وهذا من عيوب الشهادة على الخط.

مسألة: وإذا قلنا بجواز الشهادة على الخط، فإنه يشترط أن يكون الشاهد على الخط من أهل اليقظة والفطنة والمعرفة التامة وحسن التمييز.

فرع: قال أصبغ: الشهادة على خط الشاهد فى غيبته أو موته، لا يعجل الحاكم الحكم بها وليتثبت.

مسألة: اختلف المذهب فيما تجوز فيه الشهادة على الخط، ففى «الواضحة» عن مطرف وابن الماجشون وأصبغ أن الشهادة على الخط لا تجوز فى طلاق ولا عتاق ولا نكاح، ولا حد من الحدود، ولا فى كتاب القاضى إلى القاضى بالحكم، ولا تجوز إلا فى الأموال خاصة، وحيث لا تجوز شهاة النساء ولا اليمين مع الشاهد، لا تجوز الشهادة على الخط، وحيث يجوز هذا يجوز هذا، قال ابن راشد: وهذه التفرقة لا معنى لها، إلا أن يروا أن الأموال أخف لكونها يقضى فيها بالشاهد واليمين، ويقبل فيها شهادة النساء، وليس بذلك -يعنى في القوة- قال: والصواب الجواز فى الجميع، وقال ابن الهندى: ويلزم من أجازه فى الأحباس القديمة أن يجيزه فى غيرها، لأن من أخذ بقول من أجازه لزمه أن يجيزه فى كل شىء مطلقا، لأن الحقوق كلها عند الله سواء، ومن أخذ بقول من لم يجزه أسقطه فى جميع الأشياء، قال: والأحوط أن لا تجوز الشهادة عليه بحوالة الزمان وفساد أهله.

ومن الحجة لجواز شهادة الخط وقوته، أن عثمان بن عفان وعلى ابن أبى طالب وطلحة والزبير وغيرهم -رضوان الله تعالي عليهم أجمعين- قد شهدوا فى كتاب

مروان بن الحكم، الذى كتبه على لسان عثمان بن عفان -رضى الله تعالى عنه- فى محمد بن أبى بكر الصديق -رضى الله تعالى عنه- أنه بخط مروان، ومن ذلك تولد على عثمان -رضى الله تعالى عنه- ما تولد، وهو أول حادث حدث من جهة الشهادة على الخط، فلو كانت الشهادة لا تجوز عليه، لم يشهد بها أصحاب النبى ﷺ، لا سيما فى التبطن فى الدماء.

ومن الحجة أيضا أن عبدالله بن عمر بن الخطاب، كتب ببيعته إلى عبدالملك بن مروان، ولو لم يكن الخط كافيا، لم يكتف عبدالملك من ابن عمر بالخط فى هذا الأمر العظيم، وقد أدخل مالك -رضى الله تعالى عنه- بيعة عبدالله بن عمر لعبدالملك فى «الموطأ»، ولم يذكر أنه أشهد على ذلك، وفى «أحكام ابن سهل» عن محمد بن فرج مولى ابن الطلاع، قال: الأصل فى الشهادة على الخطوط قول مالك، وأكثر أصحابنا أنها تجوز فى الحقوق والطلاق والأحباس وغيرها، إلا أن الذى جرى به العمل عند الشيوخ، أنها تجوز فى الأحباس، وما يتعلق بها، وقال ابن أبى زمنين: الذى جرى به العمل فى وقتنا، أن الشهادة على الخط لا تجوز إلا فى الأحباس خاصة لما اشتهر من الضرب على الخطوط، ولا يشهد فى الأحباس حتى يشهد الشهود أنهم لم يزالوا يسمعون أن الذى شهدوا به حبس، وأنه قد كان محازا بما تحاز به الأحباس، قال ابن سهل: الصحيح عندى الذى لا أقول بغيره ولا أعتقد سواه، أنه لا تجوز الشهادة على الخط، ولكنى أذهب إلى جواز ذلك فى الأحباس خاصة، على ما اتفق عليه شيوخنا -رحمهم الله- اتباعا لهم واقتداء بهم واستحسانا لما درجت عليه جماعتهم، وقضى به قضاتهم وانعقدت عليه سجلاتهم، وإن كان ابن لبابة قد ساق أصله أن لا يجوز فى حبس ولا غيره، وقد ذهب إلى ذلك غيره ممن لا يلتفت إليه، والجمهور أولى بالاتباع، وما أجمعوا على ذلك فى الأحباس إلا حيطة عليها وتحصينا لها، من أن تحال عن أحوالها وتغير عن سبيلها، واتباعا لمالك فى المنع من بيعها والمناقلة بها وإن خربت.

وقد ذكر بعض من تأخر من الشيوخ، أن اختيارهم فى تجويز الشهادة على الخطوط فى الأحباس إنما كان لأنها لابد أن يقترن بها سماع بالتحبيس، وفشوا عند الناس فقريت بذلك الشهادة على الخط فيها، وهو معنى معدوم فى غيرها فى

الغالب، قال ابن راشد: والذى جرى به العمل عندنا على ما اختاره الشيوخ إجازتها فى الأحباس، وما جرى مجراها مما هو حق الله تعالى، وليس بحد من الحدود، والذى جرى به العمل بإفريقية فى زماننا، الشهادة على الخط.

تنبيه: قال ابن راشد: جرت عادة القضاة أن يأمروا الشهود أن يكتبوا فى الشهادة على الخط، وأنه كان فى حين إيقاع الشهادة برسم العدالة وقبول الشهادة، إلى أن توفى على ذلك، وذلك حسن إذا لم يكن القاضى يعرف عدالة المشهود على خطه، أما إذا كان يعلم عدالته أو كان يشهد بين الناس إلى أن توفى أو غاب، فيكتفى بأن يشهد عنده أن هذا خط فلان، وكذلك رأيته فى بعض الكتب، وفاوضت فيه بعض الجماعة فقال به.

تنبيه: وهذا الذى قاله ابن راشد أنه ما جرت به عادة القضاة، ذكر المتيطى: أنه روى عن مالك -رضى الله تعالى عنه- وأنه قال: لا تجوز الشهادة على خط الشاهد ومعرفة عدالته، حتى يقول الشهود إنه كان فى تاريخ الشهادة عدلا، ولم يزل على ذلك حتى توفى، احتياطا أن تكون شهادته قد سقطت بجرحة أو غيرها، أو كان غير مقبول الشهادة، قال المتيطى: وإن زدت فى التقييد ممن يعرف أن الشاهد المذكور كان يعرف المشهود عليه بعينه واسمه، وإن لم يكن فى عقد الشهادة معرفته بالعين والاسم، كان أكمل للشهادة وأتم للتقييد، قال: وهى نكتة حسنة قل من يعرفها أو يهتدى إليها، هذه الزيادة هى التى تقدم ذكرها عن ابن زرب، ولكن أعدناها هنا لكونها أحسن فى السياق.

فصل: وفى «المتيطية»: وإذا أردت تقييد الشهادة على خط الشاهد الميت، كتبت فى ذلك وقف من يوقع اسمه بعد هذا من الشهداء على خط الشاهد فلان بن فلان، الواقعة شهادته فى أسفل هذا العقد فى البياض الذى فى أوله بعد سطر افتتاحه، كذا وتأملوه وأتقنوا النظر فيه، فتبين لهم وتحقق عندهم أن شهادته المذكورة بخط يده المعهود عنه، لا يشكون فى ذلك ولا يمترون فيه لرؤيتهم له، يكتب المرة بعد المرة، ويعرفون مع ذلك أنه كان برسم العدالة، وقبول الشهادة فى تاريخ الشهادة المذكورة وبعدها إلى أن توفى، وإن كان غائبا قلت: إلى أن غاب شهد بذلك كله من عرفه، حسب نصه وتحققه على حال وصفه، وأوقع به شهادته إذ سئلها فى تاريخ كذا.

فرع: إذا قلنا بجواز الشهادة على خط الغائب، فقد قال ابن راشد: الغيبة التى تجوز الشهادة فيها على الخط عند من يجيزها، غير محدود عند سحنون، وإنما قال: الغيبة البعيدة، وقال ابن الماجشون: قدر ما تقصر فيه الصلاة، وقال أصبغ: مثل مصر من إفريقية، ومكة من العراق، وهذه الغيبة معتبرة فى خط المقر وخط الشاهد الغائب.

القسم الثانى

خط المقر

قال ابن المواز: لم يختلف مالك وأصحابه فى جواز الشهادة على خط المقر، والاتفاق حكاه أيضا ابن هشام فى «مفيد الحكام»، وفى «الجلاب» رواية بالمنع وهل عليه يمين مع الشاهدين أم لا؟ روايتان والأصح عدم اللزوم، وهذا الخلاف فى اليمين إنما هو عند من يرى الخلاف فى جواز الشهادة، وأما من يحكى الاتفاق فلا يحتاج عندهم إلى زيادة اليمين؛ انظر ابن عبدالسلام، وهذا إذا شهد له على الخط شاهدان، فإن قام له شاهد على الخط فهل يحلف معه؟ روايتان أيضا عن مالك، وفى «الطرر» لابن عات: والصواب عدم الحكم، قال ابن راشد، وفى «شرح الجلاب» للشرمساحى، أنه يحلف يمينين يمينا مع شاهد على الخط، ويمينا أخرى ليكمل بها السبب، قال: فصح أن يحلف يمينين فى حق واحد، لأن ذلك على جهتين مختلفتين، لا على جهة واحدة.

فرع: وفى «التنبيه» لابن المناصف فى الشهادة على خط المقر، قال: فإذا تحقق الشهود أن ذلك خط الشاهد، ولم يداخلهم فى ذلك شك ولا غلبة ظن، فليرفأ على الشهادة، فإذا ثبت ذلك على وجهه حلف الطالب حينئذ واستحق حقه لأنها شهادة ناقصة؛ ولذلك قال مطرف وابن الماجشون: إن الشهادة على الخط لا تجوز إلا فيما كان مالاً، خاصة حيث تجوز اليمين مع الشاهد.

فرع: وفى «الطرر» لابن عات: مما نقله عن «الكافى». من شهد له شاهدان على الخط غريمة بما ادعاه عليه وهو جاحد، أنه لا يحكم له بمجرد الشهادة على خطه حتى يحلف معها، فإذا حلف أنه لحق وما اقتضيت منه شيئا مما كتبت

بخطه، أعطى حقه، فإن كان طالب الحق ميتاً، حلف ورثته على البت أيضا أنه لحق وما علمناه اقتضى منه شيئا، وهذا كله رواه ابن وهب عن مالك -رضى الله تعالى عنه- قال المازرى: وهذا الذى ذكره ابن الجلاب من القول بالتحليف مع الشاهدين، قد يقع فى النفس استنكاره على أصل المذهب، إذ لا يقول بالتحليف مع شهادة عدلين شهدا فى حق أحد من فقهاء الأمصار سوى ابن أبى ليلى، ويذكر ذلك على -رضى الله تعالى عنه- لكن بعض أشياخى يعتذر عن هذا، بأن خط المقر أقيم مقام شاهد عليه، لأن الشاهدين على خط لم يشهدا على لفظه، وإنما شهدا بما يدل علي لفظه، فصار خطه كشاهد قام عليه، فنقل عنه هذه الشهادة شاهدان، فلابد من اليمين لأجل المنقول عنه الذى هو كشاهد واحد، ولأجل هذا التعليل، جاء الخلاف في قبول شاهد واحد على هذا الخط، لأنا إذا جعلنا المقر قائما مقام شاهد، فإنه لا يقبل نقل شاهد واحد عن شاهد، وإذا قلنا إن خطه كلفظه، فشاهد واحد مع اليمين يقضى به عليه.

فرع: وفى «الطرر» أيضا: وإن كتبت الوثيقة بخط يده وشهادته فيها نفذت، لأنه قليل ما يضرب علي جميع ذلك، وإن لم يكن فيها شهادته لم تنفذ لأنه ربما كتب ثم لا يتم الأمر بينهما.

فرع: وإن قال: لفلان عندى أو قبلى كذا وكذا بخط يده قضى عليه لأنه خرج مخرج الإقرار بالحقوق، وإن كتب لفلان على فلان إلى آخر الوثيقة، وشهادته فيها لم تجز إلا ببينة، سواء لأنه أخرجها مخرج الوثائق، وجرت مجرى الحقوق، ولم تجز الشهادة فيها على خطه وهو تفسير جيد، وهى مسألة فيها اختلاف.

فرع: وفى «أحكام ابن بطال» قال مالك فيمن أوصى أن تقبض ديونه، وأن يقضي ما عليه فوجد صك بأربعة عشر دينارا، وفي أسفله بخط الميت قبضت منها ثمانية دنانير مما فى بطن هذا الكتاب، هل يحلف المطلوب ويبرأ من الثمانية؟ قال: يبرأ منها بلا يمين ويؤخذ منه ما بقى.

فرع: وفى «الطرر» لابن عات: وأما من أسلم ومنع من الكلام وأشار إشارة مفهمة أو كتب بخط يده ففيها قولان، والأحسن أن يكون ميراثه لورثته من المسلمين، وكذلك تجوز وصيته؛ من «الزاهى» لابن شعبان.

فرع: إذا ادعى رجل على رجل بمال فجحده، فأخرج المدعى صحيفة مكتوبا فيها خط المدعى عليه وإقراره بما ادعى عليها، وزعم المدعى أنها بخط المدعى عليه، فأنكر المدعى عليه ذلك، وليس بينهما بينة، فطلب المدعى أن يجبر المدعى عليه على أن يكتب بحضرة العدول، ويقابل ما كتبه بما أظهره المدعى، فأفتى أبو الحسن اللخمى بأنه يجبر على ذلك وعلى أن يطول فيما يكتب تطويلا لا يمكن معه أن يستعمل خطاً غير خطه وأفتى عبد الحميد الصائغ بأن ذلك لا يلزمه إذ لا يلزمه احضار بينة تشهد عليه، وفرق اللخمى بينهما، بأن المدعى عليه يقطع بتكذيب البينة التى تشهد عليه، فلا يلزمه أن يسعى فى أمر يقطع ببطلانه.

وأما خطه فإنه صادر عنه بإقراره، والعدول يقابلون ما يكتبه الآن بما أحضره المدعى، ويشهدون بموافقته له أو مخالفته، ورجح أكثر الشيوخ ما أفتى به اللخمى.

فصل: ومن ذلك الشهادة على خط الموصى، قال ابن سهل: سئل ابن زرب عمن كتب وصيته وأشهد عليها، ثم كتب فى أسفلها بخط يده: هذه الوصية قد أبطلتها إلا كذا وكذا منها فيخرج عنى، وشهدت بينة أنه خطه، فقال: لا ترد بهذا وصيته التى أشهد عليها، وهذا الذى كتبه كمن كتب وصيته بخط يده، ولم يشهد عليها حتى مات وشهد على خطه، فإن وصيته لا تنفذ، يريد فكذلك ما كتبه فى أسفل هذه الوصية لا يلتفت إليه، لأنه لم يشهد عليه حتى مات؛ انظرها فى «أحكام ابن سهل» فى رسم الشهادة على الخط فى الحبس.

فصل: ومن ذلك الشهادة على قضاء القاضى، قال فضل بن سلمة: وقد حكى ابن حبيب عن مطرف وأصبغ، أن قضاء القاضى يثبت بشاهد واحد، ويحلف معه الطالب ويثبت له القضاء، قال فضل: وهذا يريد ما تقدم ذكره عن مطرف وأصبغ فى «كتاب القاضى»، وحكمه أنه لا تجوز الشهادة على الخط فى كتاب القاضى ولا حكمه، ومذهب عبد الملك أنه لا تقبل الشهادة على الخط فى حكم القاضى، وقال أبو بكر بن عبدالرحمن: وفى «كتاب محمد» عن أشهب جواز الشهادة على الخط في حكم القاضى، ومنع ابن القاسم وعبدالملك بن الماجشون وابن حبيب ثبوت الحكم بشاهد ويمين.

فرع: وإذا قدم رجل إلى وكيل رجل بكتاب موكله أن يدفع له سلعة أو غيرها، فعرف خط موكله ودفع ذلك للذى قدم بالكتاب، فلما اجتمع الوكيل والموكل أنكر الموكل أن يكون كتب ذلك أو أرسل إليه أحدا، فإنه يحلف على ذلك ويغرمه الوكيل؛ انتهى.

وكان ينبغى أن يأتى فيها من الخلاف ما فى المسألة التى فوق هذه على ما يأتى ذكره، هل يجيز أن يكتب خطه بحضرة العدول ويقابلوه بالكتاب الذى قدم به الرسول أو لا يجبر على ذلك؟

فرع: وفى «المتيطية»: اختلف إذا كانت شهادة الشاهد فى ذكر حق على أبيه، ثم مات أبوه وهو وارثه، فقام صاحب الحق عليه بذكر الحق الذى فيه شهادته، فأقر بالشهادة وزعم أنه كتبها على غير حق، أو أنكرها فشهد على خطه، فقال أصبغ ومطرف: يؤخذ الحق منه، لأن المال صار إليه فكأنه شهد على نفسه، وقال ابن الماجشون: ليس مثله ولا يؤخذ منه الحق إلا بإقرار سوى خطه وشهادته، وقال ابن حبيب بقول مطرف.

القسم الثالث

شهادة الشاهد على خط نفسه فى الوثيقة

إذا علم أنه خطه ولم يذكر الموطن

والمروى عن مالك -رضى الله تعالى عنه- أنه إذا لم يشك فى خطه، ولم ير فى الكتاب محوًا ولا إلحاقًا ولا شيئا يكرهه فليشهد، وبه قال ابن الماجشون والمغيرة وابن أبى حازم وابن دينار وابن وهب وابن عبدالحكم وسحنون، ورواه مطرف عن مالك، قال مطرف: ثم رجع فقال: لا يشهد وإن عرف خطه، حتى يذكر الشهادة أو بعضها أو ما يدل منها على أكثرها، وبه قال ابن القاسم وأصبغ، قال ابن حبيب: وهو أحوط والأول جائز، وفى «المدونة»: لا يشهد حتى يستيقن الشهادة ويذكرها، وفى «سماع أبى زيد»: عن مالك -رضى الله عنه- قال: وقد أثبت غير مرة بخط يدى، ولم أثبت الشهادة فلم أشهد لقوله تعالى: ﴿وَمَا شَهِدْنَا إِلاَّ بِمَا عَلِمْنَا﴾ [يوسف: ٨١].

مسألة: أما إذا كان كتاب الوثيقة كله بخط الشاهد، وشاهدته في أسفله وهو يعرف خطه، ولم يرتب غير أنه لم يذكر الشهادة، فحكى ابن يونس: الاتفاق في مذهب مالك على جواز الشهادة وإن لم يذكرها، وفي «المدونة» ما يدل على خلاف ذلك، وأنه لا يشهد به؛ من «التنبيه» لابن المناصف.

مسألة: وفي «أحكام ابن سهل»: في رجل قام بكتاب صداق، وفيه نحو سطر محو، وفي ذلك المحو ذكر شرط الرحيل، فأجاب ابن لبابة وغيره: أن الكتاب يصح كله غير الشرط، فإنه يسقط إذ قد محي إلا أن تثبته البينة، فإن لم تشهد البينة عليه حلف الزوج بالله ما أعرف هذا الشرط ولا شرطته على نفسي ويرحل بزوجته.

فرع: وإذا قلنا إنه يشهد حيث يوقن أنه خط يده، وإن لم يذكر الشهادة فيشهد، ولا يعرف للحاكم أنه لم يذكرها، فإن عرف الحاكم فلا يقبلها، وقال سحنون: أرى أن يجيز شهادته، وإن ذكر للحاكم أنه لم يعرفها إذا لم يرتب الشاهد في شيء منها، وأما إن شك في شيء منها، لم تجز له شهادة بها؛ من «التنبيه» لابن المناصف، وأما على القول الذي رجع إليه مالك -رضي الله تعالى عنه- ففي التنبيه أنه لا يؤديها، لأنه لا فائدة في أدائها إذا لم يحكم الحاكم بها، قال غيره وقيل: يؤديها ويعرف الحاكم حاله، ولا يقبلها الحاكم إلا أن يكون يرى بالقول الأول فيقبلها، ولهذا وجب على الشاهد الأداء وتعريف حاله، لأن الحاكم له أن يجتهد في ذلك فيقبلها، وقال ابن الفرس: قال بعضهم في رواية الجواز أنها أوسع، لأن حفظ ذلك صعبٌ لا يستطاع، ويدل على صحة هذا القول قوله تعالى: ﴿وَلَا تَسْأَمُوا أَن تَكْتُبُوهُ صَغِيرًا أَوْ كَبِيرًا إِلَىٰ أَجَلِهِ﴾ [البقرة: ٢٨٢]، إلى قوله تعالى: ﴿وَأَدْنَىٰ أَلَّا تَرْتَابُوا﴾ [البقرة: ٢٨٢] أي: لا تشكو أو قد علم تعالى أن الناس ينسون فلهذا أمر بالكتب.

مسألة: تقدم في الفصل الثامن فيما ينبغي للقاضي أن يتنبه له في أداء الشهادة، ذكر ما يلزم الشهود من حفظ ما اشتملت عليه الوثيقة، وما لا يلزمهم من ذلك في شهادات الاسترعاء وغيرها.

تنبيه: وفى «المتيطية» قال بعض الشيوخ: ويتحصل الخلاف فى جملة هذه المسائل على أربعة أقوال:

أحدهما: أن الشهادة على الخط لا تجوز فى شىء من الأشياء، إلا على خط المقر على نفسه.

والثانى: لا تجوز.

والثالث: أنها لا تجوز إلا على خط المقر على نفسه وعلى خط الشاهد.

والرابع: أنها تجوز فى ثلاثة مواضع على خط المقر على نفسه، وعلى خط الشاهد الميت والغائب وشهادته على خط نفسه.

*****

الباب الخامس والثلاثون

فى القضاء بشهادة الاسترعاء

قال ابن العطار: ويصدق المسترعى فى الحبس فيما يذكره من الوجوه التى يتوقعها، وإن لم يعرف الشهود تلك الوجوه التى يتوقعها ويكتب فى ذلك أشهد فلان شهود هذا الكتاب شهادة استرعاء واستحفاظ للشهادة، أنه متى عقد فى داره بموضع كذا تحبيسا على بنيه أو على أحد من الناس، فإنما يفعله لأمر يتوقعه على نفسه أو على ماله المذكور، وليمسكه على نفسه ويرجع فيما عقده فيه عند أمنه مما يخوفه، وأنه لم يرد بما عقده فيه وجه القربة ولا وجه الحبس، بل لما يخشاه، وأنه غير ملتزم لما يعقده فيه من التحبيس، وأشهد عليه بذلك فى تاريخ كذا، وكذلك إذا استرعى الرجل فى عتق عده أو أمته أنه إنما يفعله ليحلفه، وقلت استقامته ليسترعى بذلك السبب، وكذلك يجوز الاسترعاء في الطلاق والتدبير والهبة.

فرع: وفى «أحكام ابن بطال»: وإذا خاف الرجل أن يطلب منه عبده بالبيع ظالم، فيعتقه ويشهد سرا أنى إنما أفعل ذلك لئلا يطلبه منى هذا الظالم، ويجوز ذلك وسواء أشهد على العتق شهود الاسترعاء أو غيرهم.

فرع: وإذا خطب من هو قاهر لشخص بعض بناته، فأنكحه المخطوب إليه، وأشهد سرا أنى إنما أفعله خوفا منه، وهو ممن يخاف عدواته، وأنه إن شاء اختارها لنفسه بغير نكاح، فأنكحه على ذلك فهو نكاح مفسوخ أبدا؛ قاله ابن الماجشون، وأصبغ، وابن عبدالحكم.

فرع: وإذا بني ظالم أو من يخاف شره غرفة محدثةً بإزاء دار رجل، وفتح بابا يطلع منه على ما فى داره على وجه الاستطالة لقدرته، وجاهه فيشهد الرجل أن سكوته عنه لخوفه منه على نفسه أن يضره ويؤذيه وأنه غير راضٍ بذلك، وأنه قائم عليه بحقه متى أمكنه، وتشهد البينة لمعرفتهم للضرورة، وأن المحدث لذلك مما يتقى شره فينفعه ذلك متى قام بطلب حقه.

فرع: ومن استرعى فى حبس وكان تاريخ الحبس والاسترعاء واحدا، كان جائزا؛ من «الطرر» لابن عات.

فرع: ومن استرعى فى حبس عن تقية اتقاها ثم أشهد بعد ذلك بإمضائه جاز، لأنه على ملكه.

فرع: وفى «أحكام ابن سهل»: ومن له دار بينه وبين أخيه فباع أخوه جميعها ممن يعلم اشتراكهما فيها، وله سلطان وقدرة وخاف ضرورة إذا تكلم فى ذلك، فاسترعى أن سكوته على الكلام فى نصيبه وفى الشفعة في نصيب أخيه لما يتوقعه من تحامل المشترى عليه وإضراره به، وأنه غير تارك لطلبه متى أمكنه، ثم قال: فإذا ذهبت التقية وقام فى فورها بهذه الوثيقة أثبتها، وأثبت الملك والاشتراك وأعذر إلى أخيه وإلى المشترى فإن لم يكن عندهما مدفع، قضى له بحصته وبالشفعه، وإن ترك القيام بعد ذهاب التقية، فقال ابن الهندى: إن ترك القيام عشرة أعوام أو نحوها فلا قيام له فيها، وإن أحالها المبتاع بالزيادة والنقصان بعد زوال التقية بأقل من عشرة أعوام، فليس حيازة تمنعه القيام، قال ابن سهل: وهذا عندى ضعيف، لأن سكوته الأعوام وتركه القيام بعد ارتفاع التقية، يدل على رضاه بالبيع، ولا أرى له اعتراضا، وإن لم يسكت إلا العامين والثلاثة ونحوها بعد زوال ما كان يتقيه فلا شىء له، لأنه متى زال فكان البيع وقع حينئذ، وفى «الطرر» عن ابن سهل: أن العامين فى ذلك كاف، يريد أنه وإن قام بعد ذلك فليس له إلا قيمة نصيبه، ويحمل أمره على الرضا ببيع نصيبه وإعراضه عن الشفعة.

عقد استرعاء فى صلاح حال

يكتب عرف من يضع خطه آخر هذه المكتوب فلان بن فلان، بعينه واسمه من أهل موضع كذا معرفة تامة، ويعرفونه مقبلا على ما يعنيه من أمر دينه ودنياه، مستقيم الطريقة مخالطا لأهل الصلاة، مجانبا لأهل الفساد، لا يعلمون انتقل عن هذه الصفة إلى حين إيقاعها، لشهادتهم فى هذا الكتاب من تاريخ كذا.

فائدة: أنه يندفع عنه بهذا العقد تعسف الولاة، وتنتفى عنه الظنون والتهم، وتسقط عنه يمين التهمة ولا يستوجب هذا العقد العدالة.

عقد استرعاء يوجب العقوبة

ومن استرعى عليه الشهادة أنه من أهل الفسق والدعارة والشر، ومجانبة أهل الخير والصلاح، وثبت عليه هذا، وجبت عقوبته وأطاله سجنه حتى تظهر توبته

ويصلح حاله، ولو شهد له شهود عدول مع هذه الشهادة بأنه من أهل العافية والصلاح، لم تفد شهادتهم شيئا والشهادة الأولى أعلم، لأنهم شهدوا بباطن، والثانية بظاهر، فالأولى أولى إلا أن يكون عنده مدفع.

عقد استرعاء فى التبرى من مذنب

أشهد فلان بن فلان أنه لما تبين له أن ابنه فلانا، مخالط لأهل التهم والريب، وخاف أن يجنى جناية أو يجر جريرة فيعلل عليه ويؤذى بسببه فتبرأ منه لأجل ذلك، وأبعده عن نفسه وهجره غضبا لله تعالى إلى أن يتوب ويرجع عما هو عليه، شهد بذلك من يعرف إبعاده، فإذا وقع منه شىء لم يضره ذلك.

فائدة: أنه يندفع عنه بهذا العقد تعسف الولاة وأخذهم الولي بالولاء فى الجنايات، وإن كانت تلك أحكام الجاهلية، وقد قال تعالى ﴿وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ﴾ [الأنعام: ١٦٤].

عقد استرعاء يوجب اليمين

إذا شهد على رجل أنه من أهل الشر والغضب والعداء، أو من أهل التهم والظنة ممن تلحقه اليمين فيما ادعى عليه وعقد بذلك مكتوبا، فإن هذا العقد يوجب اليمين على من عقد عليه فيما ادعى عليه، فإن كان مجهول العين لم تقع الشهادة إلا على عينه، وإن كان معلوما جازت الشهادة فى غيبته، ولا شىء على من رماه ونسبه إلى غضب أو تعد إذا ثبت العقد المذكور.

عقد استرعاء فى عداوة ليكون عدة

وصورته أن يكتب أشهد القاضى فلان على نفسه، أن فلانا حضر مجلس نظره فذكر أن فلانا عدو له من قدم الزمان فى أمور الدنيا وأسبابها، وأنه يخشى أن يموت من يعلم قدم العداوة وما بينهما، فيشهد عليه هذا الرجل فيما يضره فى نفسه وماله فى وقت لا يجد من يعرف قدم العداوة، وسأل القاضى أن يأذن له فى إثبات ذلك عنده ليقيد له بذلك عقدا يكون عنده، فنظر القاضى فيما سأله من ذلك نظرًا أوجب له إباحة ذلك له، فأذن له القاضى فى ذلك فأتاه بفلان وفلان، فشهدوا أنهم يعرفون فلانا معاديًا لفلان مذ أدركوا ذلك بعقولهم فى أمر الدنيا،

وطالبا لما يضـره، ويعلمون ذلك مسـتمرا، ولا يعلـمونه رجع عن ذلك إلى حين شهادتهم، وذلك فى تاريخ كـذا، فنظر القاضى فى ذلك فقبل شهـادتهم، وأشهد على نفسه بثبوت ذلك عنده، وفى «الطرر»: ولا يلزم القاضى، ولا يجب عليه أن يجيب إلى مثل هذا، وشبهه مما لا خـصومة فيه إلا أن يشاء ذلك، لأنه إنما نصب لما فيه الخصومات.

فرع: وفى «مختصر الواضحة» فى بيع المضغوط، وإذا خاف الرجل من عبده أن يستبيع من ظالم فـأعتقه أو دبره أو كاتبه لتطيب بذلك نفسـه، ويشهد سرا أنه إنما يفعل ذلك ليقر، ولا يستبيع من ذلك الظلم، فذلك جائز إذا أشهد على ذلك حين يريد أن يفعله.

فرع: ولو امتنع العبد من سيده واستجار بغاصب أو شرد عنده، فأشهد سرا أنه أعتـقه أو دبره، فإنما يفعل ذلك ليـخرجه من المكان الذى امـتنع فيه، فإن إشـهاده ينفعه بذلك.

فرع: إذا أشهد فى السـر أنه إنما يصالحه لأجل إنكاره، وأنه متـى وجد بينة قام بها، فالصلح غير لازم له إذا ثبت إنكاره، وثبت الحق وغـاية ما عليه اليمين أنه ما علم ببينته، وقال مطرف: لا ينفعه ما أشهد به فى السر، وقال ابن مزين: لا ينفع إشهـاد السر، إلا على من لا ينتصف منـه كالسلطان والرجل القاهر، ومـا سوى ذلك، فإشهاد السر باطل.

فرع: إن تقيـد عليه أنه لم يودع شهادته، يعـنى استرعاء، ومـتى قامت له بينة بذلك فهى كـاذبة، قال ابن راشد: ولم أر فى ذلك نصًـا، وكثيـر ما يكتب عندنا بقفصة ومقتضى الظن أنه لا قيام له بذلك، إن أشهد أنه أسقط الاسترعاء سقط.

فرع: ولو قال فى استرعائه: ومتى أشـهدت على نفسى أننى قطعت الاسترعاء والاسترعاء فى الاسترعاء إلى أقصى تناهيه، فإنما أفعله للضرورة إلى ذلك، وأننى غيـر قاطع لشىء منه وأرجع فى حـقى، فحكى صـاحب «الطرر» أن له ذلك ولا يضر، ما أشهـد به على نفسه منه، وفى «المتيطية»: أنه لو قال فى اسـترعائه: متى أشهدت بقطع الاستـرعاء، فإنما أفعل ذلك استجلابًا بالإقرار خـصمى، فله القيام

ولا يضره ما انعقد عليه من إسقاط البينات المسترعاة، وإن قال أنه أسقط الاسترعاء والاسترعاء فى الاسترعاء لم ينتفع باسترعائه، وقال غير واحد من الموثقين: وفيه تنازع، وما ذكره فى «الطرر» أصح فى النظر، لأنه ألجأه إلى الصلح بإنكاره، والمكره لا يلزمه شيء، ولو قيل: إنه لا يسقط استرعاؤه مطلقًا، لكان وجيهًا إذا ثبت إنكاره.

تنبيه: الاسترعاء ينفع فى كل تطوع كالعتق، والتدبير، والطلاق، والتحبيس، والهبة، ولا يلزمه أن يفعل شيئًا من ذلك وإن لم يعلم السبب إلا بقوله، مثل أن يشهد أنى طلقت، فإنما أطلق خوفًا من أمر أتوقعه من جهة كذا، أو حلف بالطلاق، وكأن أشهد أنى حلفت بالطلاق فإنما هو لأجل إكراه ونحو ذلك، فهذا وما ذكرناه معه لا يشترط فيه معرفة الشهود السبب المذكور؛ انظر «وثائق الغرناطى».

فرع: ولا يجوز الاسترعاء فى البيوع مثل: أن يشهد قبل البيع أنه راجع فى البيع، وأن بيعه لأمر يتوقعه، لأن المبايعة خلاف ما تطوع به، وقد أخذ البائع فيه ثمنًا، وفى ذلك حق للمبتاع إلا أن يعرف الشهود الإكراه على البيع أو الإخافة، فيجوز الاسترعاء إذا انعقد قبل البيع، وتضمن العقد شهادة من يعرف الإخافة والتوقع الذى ذكره.

تنبيه: قال الغرناطى فى «وثائقه»: وثائق الاسترعاء تفارق سائر الوثائق فى شيئين:

أحدهما: أن شهودهما يؤخذون بحفظها ومعرفة ما فيها.

والثانى: أن المطلوب لا يجب توقيفه عليها قبل ثبوتها، ولا الإعذار إليه.

تنبيه: وفى «الوثائق المذكورة» خمسة أشياء، لابد من تاريخها بالأوقات وهى: كل استرعاء متضادين فى أى شيء كانا، ومتى يتحقق بالوقت أن الاسترعاء تقدم الصلح وإلا بطل الاسترعاء، والطلاق لأجل النفقة، والحمل، وتصديقها أنها حاضت ثلاث حيض فى خمسة وأربعين يومًا، وعهدة الرقيق لأجل العيوب، كذلك بيع الحيوان موت للميت إذ لعل له وارثًا مات قبله.

تنبيه: ما ذكره فى العهدة هو قول سحنون، وقيل: ابتداؤها من أول النهار المستقبل، وفى «المتيطية» فى مسائل الصداق وتأجيل المعسر به، قال ابن مالك: القرطبى فى أحكامه ولا تعد اليوم الذى تكتب فيه الأجل، ولا تحتسب كما تحتسب باليوم فيه العهدة وهو ملغى.

تنبيه: وفى «وثائق ابن القاسم الجزيرى»، ويجب أن يكثر من شهود الاسترعاء والترشيد والتسفيه، وأقلهم فى قول ابن الماجشون أربعة شهود.

*****

الباب السادس والثلاثون

فى القضاء بشهادة التوسم

روى الترمذى الحكيم فى «نوادر الأصـول» عن رسول الله ﷺ أنه قال: «**إن لله عبادًا يعرفون الناس بالتوسم**»، والتوسم مأخوذ من الوسم، وهو التأثير بحديدة فى جلد البعـير يكون علامـة يستدل بـها، قال ابن حـبيب فى «الواضحـة»، قال لى مطرف وابن الماجشون فى القـوافل والرفاق تمر بأمهات القرى والمـدائن فتقع بينهم الخصومة عند حاكم القرية أو المدينة التى حلوا بهـا أو مروا بها، فإن مالكًا وجميع أصحابنا أجازوا شـهادة من شهد منهم لبعض على بعض، ممن جمـعه ذلك السفر وجرته تلك المرافقة، وإن لم يعرفوا بعدالة ولا سخطة إلا على التوسم لهم بالحرية والعـدالة، وذلك فيـمـا وقع بينهم من المعـاملات فى ذلك السـفـر، خاصـة من الأسلاف والأكـرية والبـيوع والأشـربة كانوا من أهل بلد واحـد أو من أهل بلدان شتى كان المشهـود عليه والشهود من أهل القرية أو المدينة التى اختصـموا فيها، أو معـروفًا من غيرها إذا كـان ممن جمعه وإياهم ذلك السـفر، وكذلك تجوز شـهادة بعضهم لبعض على كريهم في كل ما عملوه به، وفيه وعليه فى ذلك السفر، قالا وإنما أجيـزت شهادة التـوسم على وجه الاضطرار مـثل ما أجيـزت شهـادة النساء وحدهن فـيما لا يحـضره الرجـال، ومثل ما أجـيزت شهـادة الصبيـان بينهم فى الجراحات، قالا: ولا تجـوز شهادة التوسم فى كل حق كان ثابتًـا فى دعواهم قبل سفرهم إلا بالمعرفة والعدالة، فإن حكم على الكرى بما شهدوا به عليه فى كراء أو سلف، فلم يف ما معه بما عليه، وله عقار بالقرية التى بها تحاكموه:

أترى أن يباع عقاره في بقية ما عليه؟ قالا: ولا يجوز فى العقار، وشبهه شهادة المجهـولين، ويبقى ذلك فى ذمتـه، فإن حدث لـه مال أخذ منه، وإن بيع عـقاره بسبب غرماء قاموا بديونهم سواء، ففلس لهم دخل المشهود له معهم فى ذلك ببقية حقه، لأنه بيع بغيـر سببه، قال ابن الماجشون: ولا يمكن المشـهود عليه من تجريح هؤلاء الشهود، لأنهم إنما أجيزوا على التوسم فليس فـيهم جرحة، إلا أن يستريب الحاكم فيـهم قبل حكمه بشـهادتهم، بسبب قطع يد أو جلد فى ظهر فليـثبت فى توسمه، فإن ظهر له انتفاء تلك الريبة وإلا أسقطهم.

قال: ولو شهد شـاهد وامرأة أو غير عدول، توسم فـيهم أن هؤلاء الذين قبلوا بالتوسم كانوا عبيدًا أو مسـخوطين، فإن كان قبل الحكم تثبت فى ذلك، وإن كان بعد الحكم بهم فلا يرد شىء من ذلـك، إلا أن يشهد عدلان أنهما كـانا عبدين أو مسخوطين.

قال: ولا يقبل بعضهم على بعض فى سرقة ولا زنا ولا غضب ولا تلصص ولا مشامـتة، وإنما أجيزت فـى المال فى السفر للضرورة، قـال ابن الفرس فى «أحكام القرآن»: وحكى ابن حبيب ذلك، يعنى شهادة التوسم عن مالك وأصحابه خلاف ظاهر قول ابن القـاسم، وروايته عن مالك أنه لم يجـز شهادة الغـرباء دون تعرف عدالتهم، انتهى.

ويمكن الجمع بينهما، أن الذى رآه ابن القاسم فى الغرباء حيث لا يكون ضرورة مثل شهادتهم فى الحضر، والله أعلم.

*****

الباب السابع والثلاثون

فى القضاء بشهادة الأبداد

والشهادات التى يصحح بعضها بعضًا

قال القاضى منذر بن سعيد فى غريب «المدونة»: الأبداد بدالين مهملتين، وهم المتفرقون، وأحدهم: بد مثل: مد من البيد، وهو مأخوذ من قولهم: بدد الله شمل العدو، لأن الشهود شهدوا فى ذلك متفرقين، واحد ها هنا، وآخر فى موضع آخر، وواحد اليوم، وواحد غدًا، وواحد على معنى، وواحد على معنى آخر.

فرع: وفى «التهذيب» قال يحيى بن سعيد: يجوز شهادة الأبداد فى النكاح والعتاق.

قال القاضى عياض: وهى أن لا تجتمع الشهود على إشهاد الولى والناكحين، بل إنما عقدوا وتفرقوا، قال كل واحد لصاحبه: أشهد من لقيت، هكذا فسره فى «المختصر»، وهذا هو المشهور من مذهبنا، أن الشهادة ليست بشرط فى صحة العقد.

وروى أشهب عن مالك، أنه شرط قال أبو إبراهيم فى «الطرر» على التهذيب فتتم بستة شهود:

إثنان على الولى، واثنان على الزوج، واثنان على الزوجة إن كانت ثيبًا.

وفى البكر ذات الأب بأربعة؛ شاهدان على الناكح، وشاهدان على المنكح، وأما إن أشهد كل واحد منهم الشهود الذين أشهدهم صاحبه مرة بعد مرة، فليست بأبداد.

فرع: قال ابن الهندى فى «وثائقه»: شهادة الأبداد لا تعمل شيئًا إذا شهد كل واحد منهم بغير نص ما شهد به صاحبه، وإن كان معنى جميع شهادتهم واحد حتى يتفق منهم شاهدان على نص واحد.

فرع: وفى «التقريب على التهذيب»: لو شهد رجل أن زيدًا باع من عمرو سلعة، وشهد آخر بإقرارهما بالبيع، كملت الشهادة لأنهما فى المعنى قد اجتمعا على نقل الملك.

فرع: وفى «المتيطية» لو جرح شاهد شاهدا بوجه من وجوه الجرحة وجرح آخر بغيره، فقال سحنون: هى جرحة، لأنهما اجتمعا على أنه رجل سوء، وقال أيضًا: ليس بتجريح حتى يجتمعا على وجه واحد؛ وبقوله الأول قال محمد بن عبد الحكم.

فرع: وفى «أحكام ابن سهل»: سئل مالك -رحمه الله- عن شاهدين، شهد أحدهما فى منزل أنه مسكن هذا، وشهد آخر أنه حيزه، فقال خصمه: قد اختلفت شهادتهما، فقال مالك: مسكنه وحيزه شهادة واحدة لا تفترق، وقد يكون الكلام فى الشهادة مختلفا والمعني واحد، وكذلك إذا قال أحدهما فى شهادته فى أرض هى لهذا، وشهد الآخر أنها حيزه، قال مالك: هى له، لأن حيزه أرضه فأراهما قد اجتمعا على الشهادة، قال سحنون: معنى حيزه أنه ملكه وحقه؛ انتهى.

وانظر هل هذا مخالف لما تقدم عن ابن الهندى أم لا؟ فى قوله لابد من اجتماع شاهدين على نص واحد، وإن اجتمعا على معنى فلا يفيد.

تنبيه: قال ابن سهل: قال لى أبو مروان بن مالك: إن شهدوا فى دار أنها فى ملك فلان لم تكن شهادة، فقال: قد شاهدت الحكم بإسقاط هذه الشهادة، ولهذا يقال فى العقود إنهم يعرفونها له، وفى ملكه مالاً من أمواله ونحوه، واحتج بأن الملك لفظ مجمل غير مبين وأنشد:

أصبحت لا أحمل السلاح ولا أملك رأس البعير إن نفرا

فالملك فى هذا بمعنى القدرة، والاستطاعة: بمعنى الملك الذى هو الكسب والقنية، وقال لى أبو عبد الله بن عتاب: إن كان الشهود لهم نباهة وفطنة ومعرفة بالشهادة فهى شهادة عاملة، قال لى أبو المطرف: هى شهادة تامة ولا خلاف فيها، ولهذه المسألة تفريع ونظر يطول ذكره.

فرع: وفى «تعليقة الخلاف» للشيخ أبى بكر الطرطوشى -رحمه الله- قال يحيى ابن عمر: إذا شهد شاهد على هلال رمضان، وشهد آخر على هلال شوال، لم تقبل شهادتهما. قال أستاذنا القاضى -يعنى أبا الوليد الباجى رحمه الله: معناه إذا كان بين شهادتهما ثلاثون يومًا، لأن شهادة الثانى لا تصحح شهادة الأول، لاحتمال أن لا يكون الأول رأى شيئًا، ورأى الثانى هلال شوال التسع وعشرين خلت من رمضان، فإذا كان بينهما تسعة وعشرون يومًا فيجب الفطر بشهادتهما، لأن شهادة الثانى تصحح شهادة الأول، واعتمد فيه على أن الحكم واحد، واستشهد بمسألة مذهبه، وذلك أن مالكًا قال فى «المجموعة» فى شاهدين شهدا على هلال فانقضت ثلاثون يومًا والسماء صاحية، فلم يروا الهلال، فقال: هما شاهدا سوء، فدل على أن الحكم واحد، ولو كانا حكمين لما كان فى ذلك كذب للشاهدين، وقال غيرهم من أصحابنا: لا نفرق بينهما ولا تقبل شهادتهما، لأن إكمال شعبان ثلاثين يومًا واجب علينا بيقين، فلا ننتقل عنه بالشك، وشهادة الشاهدين على حكمين مختلفين قطعًا.

وقوله: إن الثانية تصحح الأولى وأن الحكم واحد ليس كذلك، لأنه إنما يصح ذلك لو سلمنا أن الثانية ثابتة، وأما إذا أبطلنا بالوجه الذي أبطلنا به الأولى، وهو أنه شاهد واحد على هلال، فكيف نصحح غيرها وهى لم تصح فى نفسها؟

فرع: والشهادة فى الزنا لا تنفذ إلا إذا جاءت على فعل واحد فى وقت واحد ولا تلفق، وأما الشهادة فى الطلاق فإنها تلفق، قال القاضى عياض فى «كتاب الأيمان بالطلاق»: ومذهبه يعنى مالكًا -رحمه الله- أن لا تلفق الشهادات بالطلاق على الأفعال المختلفة، كشاهد على الحلف على دخول الدار، وآخر على الحلف على كلام زيد، لأن هذين الشاهدين لم يتفقا على متعلق واحد.

فرع: وكذلك لا تلفق الأفعال مع الأقوال، كشاهد على قوله: أنت طالق وآخر على حنث فى فعل.

فرع: ويلفق عنده الأقوال بعضها مع بعض، وإن اختلفت ألفاظها وأوقاتها، كالشهادة على قوله: أنت حرام، وآخر على البتة، وشاهد على الطلاق يوم

الجمعـة، وآخر يوم الخميس، فلو شهـد أحدهما أنه طلقهـا يوم الخميس بمكة فى رمضان، وشهد آخر أنه طلقها يوم الجمعـة بمصر فى شهر صفر، ضمت الشهادتان وطلقت، لأنه من وجه الإقرار وكذا المعتق.

فرع: وتلفق الأفعال إذا كانت فى جنس واحد، وإن اختلفت أزمنتها، كالشهادة على الحالف بمكة فى شهر رمضان لا يدخل دار عـمرو، وشهادة آخر أنه قال ذلك فى ذى الحجة، وشهدا عليه هما أو غـيرهما أنه دخل بعد ذى الحجة طلقت عليه، وإن شهدا عليـه جميعا فى مـجلس واحد أنه قال: إن دخلت دار عمـرو فامرأتى طالق، وشهـد أحدهما أنه دخلـها فى رمضـان، وشهد الآخـر أنه دخلها فى ذى الحجة طلقت عليه.

فرع: وكذلك إن اتفـقت اليمين واخـتلف الفعل، كـمن حلف بالطلاق أن لا يكلم فلانًا، فـشهد عليـه رجل أنه كلمه فى السـوق، وشهد الآخـر أنه كلمه فى المسجد حنث، أو شـهد أحدهما أنه كلمـه يوم الخميس وشهد آخـر أنه كلمه يوم الجمعة فإنها تضم.

*****

الباب الثامن والثلاثون

فى القضاء بشهادة الاستغفال

وفى «وثائق ابن الهندى»: اختلف فى شـهادة الاستغـفال، وهى أن يدخل الرجل شهـودًا خلف ستـر، ثم يستـغل فى الحديث فيـقر بشىء فـأجاز ذلك قـوم وكرهه آخرون، والمشهـور أن ذلك لا يضـر، وقيده مـحمـد بما إذا كان المشهـود عليه غـير مخـدوع ولا خائف، ومن حجـة من أجازها شهادة الأعـمى على معرفـة الصوت، وأخـذ الناس عن أزواج النبى ﷺ من وراء الحـجـاب، وقـول النبى ﷺ: **«إن بلالاً ينادى بليـل فكلوا واشـربوا حـتى ينـادى ابن أم مكتـوم»**، وإنما كـان الناس يسـمعـون أصواتهمـا وهم فى بيوتهم، ومن حجة مـن كرهه أن الشهود شاركـوا فى التدليس، ولا يحل لهم ذلك، وروى أنه **«من حدث أخاه فالتـفت فهى أمانة»**، ونهى عن تبييت الطير، مع أن الأصوات قد تخـتلف وقد تتفق ويشبه بعضها بعـضًا، فإن رآه الشهود وهو لا يشعر فهو مكروه وهو موضع إشكال واشتباه، فتركه أحوط، وفى «المتيطية»: وإذا سمع الشـاهد من يقر بالحق أو يطلق أو يفتـرى، فإن استوعب ذلك شـهد به، وجـازت شهـادته ولا يكتمـه، فإن لم يعلم من هـى له فليعلمـه. قال ابن القـاسم وأشهب: وروى عن مالك أنه لا يشهد بهـا، وقال فى «الموازية»: يشهد بما سمع من قذف دون غيره يعنى لأنه أمر يحاط به بخلاف غيره من المعاملات وكذلك الطلاق.

قال: واختلف إذا قـعد خلف حائط أو ستـر أو أحضراه حاسبـهما على أن لا يشهدا عليه، أو اسـتفتى فقيهًا فـيما ينوى فيه مما لم تقم عليه به بـينة، فهل يشهد عليه فى كل ذلك أم لا؟ قال بعض العلماء: والشهادة فى ذلك كله إذا أحاط علمًا بها واستؤنى بالجاحد فيه فلم يقر أحوط -إن شاء الله تعالى.

تنبيه: وهذا بخـلاف الشهادة لا ينقـل شهادته حـتى يؤذن له فى نقلهـا، قال محمد: ولا إن سمعه يشهد عليها غيره.

فرع: وفى «المقنع» من «المستخرجة» وغيرها، فى الرجل يأتى مستغيثًا يسأل عن الشىء ينوى فيـه، ولو أقر عند الحاكم أو قـامت عليه بينة، فـرق بينه وبين امرأته فيـفتى أن لا شىء عليـه، قال: لا يشهـد عليه وإن طلبت امـرأته ذلك، قال ابن المواز: ولو شهدا لم ينفعها، لأن إقراره على غير إشهاد.

فرع: قال: وما أقـر به عند الفقيه من طلاق أو حد أو حق، ثم أنكر فليـشهد عليه إذا كان مما ليس له رجوع عنه، ومن «المستخرجـة»: وكذلك من حضر الفقيه ثم سمعوا القصة كلها، حتى لا يخفى عـليهم منها ما يخاف أن يفسد الشهادة إذا لم يذكروه.

فرع: قال ابن القاسم فيـمن مر برجلين يتحاسبان، فإن سمع كـلامهما من أوله واستقصاه، فليشهد عليه.

فرع: وإن سمع جاره يطلق امرأته فليشهد عليه.

فرع: قال ابن المواز في رجلين أقعدا من وراء حجاب، ليشهدا على رجل قال: إن كان ضعيفًـا أو مختدعًا أو خائفًا لم يلزمه، وحلف مـا أقر، إلا لأمر يذكر أنه أقر بسببـه، وإن كان على غير ذلك لزمه، ولعله يقر خائفًـا، قلت: فهل أقعد له في موضع لا يعلم بي للشهادة؟ قال: لو كـان يعلم أنك تستوعب أمرهما، ولكن أخـاف أن تسمع جـوابه لسـؤال، ولعله يقول لـه في سر: مـا الذي لي عندك إن جئتك بكذا؟ فيقول: لك عندي كذا؛ فإن قدرت أن تحيط بسرهم فجائز.

فرع: قال ابن كنانة في «المجموعة»: من له قِبَل رجل حق، وأراد أن يأخذ عليه يمينًا وقد جـحده، فخبـأ له قوم فشهـدوا عليه بالحق أو باليمين، قال: شـهادتهم مقبولة، وبئس ما صنعوا حين دخلوا ذلك المدخل؛ من «المقنع».

فرع: قـال ابن القاسم: وإذا شـهد شـاهدان عند القـاضي وبالحضـرة شهـود فاستوعبوها، ثم عزل القاضي أو مات الشاهدان فلا بأس للشهود أن يشهدوا بها، وهي شهادة تامة، ومنع من ذلك أشهب.

مسألة: وسئل محمد هل يجوز للشاهد أن يختـفي ليشهد على المقر فأجاب بأنه يتخوف أن لا يحيط بالشهادة علمًـا مما كان بين الخصمين، ثم قال: ولكن إن تحقق الإقرار كما يجب فليشهد.

تنبيه: وحيث أجزنا شهادته فـلا يكون من باب الحرص على التحمل؛ قال ابن راشد.

تنبيه: ينبغي للشاهد أن يرفع نفسه عن أن يخـتفي ليشهد، هذا مما لم يندب إليه، ولا افترض عليه، فإن فعل فقد فعل ما لا يليق بالفضلاء ولا يختاره العقلاء.

الباب التاسع والثلاثون

فى القضاء بالشهادة التى مستندها الحرز والتقريب والتخمين والنظر والاستدلال

وفى «المتيطية»: وإذا أوقد رجل نارا لعمل يعمله، فترامت النار حتى أحرقت زرع رجل فى أندره وترافعا للحاكم فى ذلك، فإن صفة الشهادة على ذلك أن يشهدوا أن فلان بن فلان أوقد نارا بقرب أندر فلان وأن النار أحرقت جميع ما كان فى أندر فلان، وأن لا عذر بعمل النار فى الموضع الذى عملها فيه، وأنه كان فى الأندر المذكور على الحزر والتخمين، والتقدير منهم من زرع القمح كذا وكذا فسقارا، ومن زرع الشعير كذا وكذا فسقارا، لا يشكون فى ذلك، فإذا أثبت ذلك الحاكم ولم يكن للمشهود عليه مدفع فى شهادة الشهود، فإن الحاكم يلزم المشهود عليه ضمان مكيلة ما أحرقت النار من الحب والتبن، إن حلف صاحب الزرع على عدد الفساقير التى كانت فى أندره، لأن البينة لم تقطع على معرفة عدد معلوم، ويتعرف قدر ما يحصل من الفسقار على التوسط من الحب والتبن، وتضمين ذلك قال الباجى فى «سجلاته»: وتضمينهم المتعدى مكيلة الحب ليس بصحيح على مذهب «المدونة» وغيرها، والمعروف من قول مالك: أن من استهلك طعاما لا يعرف كيله فعليه قيمته دراهم.

مسألة: وإذا فقد رجل وأراد الحاكم تعميره، ولم يقف الشهود على سند شهدوا على التقدير، وينفذ ذلك، فإن اختلفوا أخذ بالأقل، قال ابن الهندى: وإذا حكم الحاكم بتعمير هذا وتمويته ودعا ورثته إلى قسم ماله، فلابد من أيمانهم على مبلغ سنه، لأن البينة إنما شهدت بالتقدير والحزر ولو شهدت بتاريخ الولادة لم يكن عليهم يمين.

مسألة: وفى «أحكام ابن سهل» فى رجل هدم بيتا لرجل، وأخذ خشبه وأعتابه وثبت ذلك عليه وعجز عن الدفع فى ذلك، فأمر بأن يعيده إلى مثل حالته، وأن يصف ما نقض ليقام على تلك الصفة أو يأخذ بقيمة ذلك فنكل عن الصفة،

وادعى الجهل بها لددا وتوركـا عن الحق، وزعم أنه باعه ولم يحضر نقـضه، فإن هذا دليل على كذبه وباطله، لأن الإنسان لا يبيع إلا ما ثبـتت معرفته، ولا يجهل مثل هذا فيؤدب بـالسوط فى تجاهله بما يشهد العقل بكذبه فـإن رجع عن التجاهل غرم قيمـة ما استهلك، وإن مضى فى تجاهله ولم ينفع فـيه الأدب، وكان صاحب البيت يحيط بمعرفـة ما استهلك له، وصف ذلك وأغرم هذا قيـمة الصفة مع يمينه على الصفـة، وإن ادعى جهلا فهو فى ذلـك أعذر من المتعدى إلى المتـعدى أقرب عهدا بما فيه، وإذا جهلت الصفة بلدده فإنه يقدر عليه أوسط قيمة، بما يستدل عليه من وجه المعاينة الموضع ومـعرفة قدر ما كان فيـه، وإن كانت العين غائبة، لأنه إذا أخذ فى ذلك بأوسط القيمة فكأن العين قومت؛ من «ابن سهل».

مسألة: ومن ذلك الشهادة فى قيم المتلفات إذا لم تكن عيـنها حاضرة، ووصفها المدعى عليه فقومت بتلك الصفة، فالشهادة فى ذلك من «باب الحزر والتقريب».

مسألة: ومن ذلك قول الخارص فى الثمار الواجبة فيها الزكاة، من قول الحكمين فى جزاء الصيد.

مسألة: ومن ذلك شهادة القائف على ما هو مبسوط فى بابه.

مسألة: ومن ذلك قول المؤقتين فى تحرير جهـة الكعبة، فقطعهم بذلك من باب جهة التـقريب والتخمين، وقـد ذكر هذه الخمس المسائل القرافـى فى «القواعد فى الكلام على القافة».

مسألة: وفى «المتيطية»: فى الشهادة فى جائحـة الثمار، وقال: ويكتب فى عقد ذلك أن الشهود وقفوا على الثمر، فـرأوا أن هذه الجائحة أدركت الثمرة المذكورة، بعد أن اجتنى نصفها على التخمين الذى لم يتمكنوا فيه، وأن النصف المجاح فسد جميعه وأنه لا يعود منه على المبتاع، فلأن ما ينتفع به وإن كانت مقثأة فنقول: وأن المقثأة المذكورة اجـتنى منها قبل ظهور القحط بها من العطـش، نحو ثلاثة أرباعها على المعهـود فى مثلها، وأن الذى فسـد منها بالعطش هو ربعهـا تقديرًا لم يشكوا فيه، وإن كان مما يجنى بطونا قلت فى ذلك: إن الشـهود قد رأوا أن مكيلة المجاح مما يمكن أن يتولد فى المقثـأة إلى آخره بطونا ثلث جميعـها وقد رأوا أن مكيلة هذا

المجـاح مما بقى سالما فـيهـا، ومما يمكن أن ينعـقد فـيهـا إلى آخر إبانهـا هو ثلث جميعهـا؛ وأن المجاح منها يساوى فى وقته على قدر نفاقه ورغـبة الناس فيه كذا، وأن سائر بطونها إلى آخـرها على ما ظهر إليهم، مما يساوى فى أوقـاتها على قدر نفاقهـا كذا، فيضع المجـاح المذكور من القيمة نصـفها أو ثلثهـا أو ثلاثة أرباعها، قدروا ذلك تقديرا قطعوا عليه ولم يشكوا فيه.

مسألة: وفى «أحكام ابن سهل» فى رسم الشهادة على الخط فى الحبس فى رجل باع حبسا ثم ثبت عند الحاكم التحبـيس ونقض البيع، وأوجب للمبتاع الرجوع بما ابتاعه به على بائعـه منه إن كانوا أحياء، فإن مات البائع عـن مال رجع المبتاع فى ماله إن وجـده بعينه، وإلا فعلى من صـار إليه ذلك المال من ورثته، فإن كـان قد انتقل الحبس المبيـع من المبتاع إلى مبتاع آخر، فـإنه يرجع المرجوع عليهم على من باع منهم، حتى يـنتهى التراجع إلى البـائع المحتبس، فـإذا انتهى إليـه وثبت مبلغ الثمن الذى باع به وقـبضه من المبتاع، رجع فـيما يجعله من مـال مطلقا، وإن لم يثبت عدده ولا وقف الشهود على مبلغه، استنزلوا قليلا قليلا حتى يقفوا منه على عدد لا يرتابون فيـه، فيأخذ من مال المحبس مـثله، هذا قول ابن القاسم ومطرف وابن كنانة وابن حبـيب، وروى أشهب عن مالك خـلافه وإن لم يتحقق الشـهود حقيقة شىء بطل، وكذلك يبطل إن لم يوجد له مال مطلق يؤخذ منه، فانظر كيف استنزلهم فيما لم يعلموا له حقيقة.

مسألة: وفى «المذهب»: وسئل ابن رشـد عن رجل استغل ضيعـة رجل ظلما، فشهـد الشهود أن قيـمة غلة الضيعة عـلى التقريب كذا، هل تجوز شـهادتهم على التقريب دون مـعاينة؟ فأجاب: لا تجوز شـهادة الشهود على التقـريب والتخمين، وإنما تجوز على القطع ومعرفة الاستغـلال، تستنزل البينة حتى تشهد على ما تقطع عليه ولا تشك فيه.

تنبيه: فتـبين بهذا أن الشـهادة فى هذا الباب، لا يدفـعها من الـقطع والجزم بما شهدوا به، وحـينئذ تتنزل منزلة الشهادة على المعايـنة، ونصوصهم تدل على ذلك لكن مستندهم فيها الحزر والتخمين.

الباب الأربعون

فى القضاء بالشهادة بغلبة الظن

واعلم أن الشرع لم يعتبر مطلق الظن فى غالب المسائل، وإنما يعتبر ظنونا مفيدة مستفادة من إمارة مخصوصة، وذلك فيما لا سبيل فيه إلى القطع كالشهادة أن المديان معدم فإنهم إنما يشهدون على علمهم وقد يكون الباطن بخلافه، فاستظهر باليمين فى ذلك على المشهود له، فبقيام البينة على ذلك مع يمينه استحق حكم المعدم، وسقط عنه الطلب مادام على تلك الحالة.

مسألة: وكذلك الشهادة لامرأة غاب زوجها وتركها بغير نفقة، لأن الشهادة فيه على العلم البت، فإن قامت بذلك بينة عند الحكام وشهد لها الشهود، استظهر عليها باليمين على صحة ما شهد الشهود لها، فبمقاربة اليمين الشهادة وجب لها الحكم بذلك.

مسألة: وكذلك الشهادة على الشىء المستحق، وفى هذا النوع خلاف وتفرقه بين أنواع المستحقات، وقد تقدم بيان ذلك فى القضاء بشاهدين ويمين القضاء.

مسألة: ومن ذلك الشهادة على عدة الورثة، لابد أن يقولوا لا نعلم له وارثا غيرهم فى سائر البلاد، وكذلك شهادتهم فى الشىء المستحق لابد أن يقولوا: لا نعلم أنه لا باع ولا وهب ولا تصدق ولا خرج عن يده بوجه من وجوه انتقالات الأملاك، ولا يشهدون فى الاستحقاق ولا فى عدة الورثة على البت، فلو قالوا: لا وارث له غيرهم أصلا على البت، أو قالوا نشهد أنه شيئه لم يبعه ولا فوته كانت شهادة زور؛ كذا هو فى «المدونة».

وقال بعض أصحاب مالك: إن الشهادة فى ذلك لا تكون إلا على البت وهو ابن الماجشون، وهذا مبسوط فى الفصل الثامن فيما يجب على القاضى التنبه له فى أداء الشهادات.

مسألة: ومن ذلك لو شهد شاهدان أنهما رأيا رجل خرج مستترًا من دار فى حال رثة، فاستنكروا ذلك فدخل العدول من ساعتهم الدار فوجدوا قتيلا يسيل دمه

وليس فى الدار أحـد، فهـذه شـهادة جـائزة يقطع الحكم بهـا، وإن لم تكن على المعاينة، قـال ابن القاسم: وكذلك لو رأى العـدول المتهم يجرد المقـتول، وإن لم يروه حين أصابه فإن شهادتهم لوث تجب معها القسامة.

مسألة: ومن ذلك الشهادة على التعريف فإنها مستندة إلى غلبة الظن.

مسألة: قال ابن الحاجب: ويعتمد على القرائن المعتمدة المغلبة للظن فى التعديل وفى الإعسار بالخبرة فى الباطنة وضرر أحد الزوجين. قال ابن عبد السلام: أجازوا للشاهد أن يعـتمد فـيما يشهـد به على الظن القوى القـريب من اليقين، لأنه هو المقدور على تحصيله فلو لم يحكم بمقتضاه وإلا لزم تعطيل الحكم فى التعديل وفى الاعسار، وأما ضرر الزوجين، وإن كان يمكن حصول القطع به للشاهد، ولكنه فى غاية النـدور والعسر فـيلزم تعطيل الحكم به أيضـا، ولعسر ذلك قـال فى الرواية: ومن أين للشهود العلم بذلك.

فصل: قال القرافى فى الفرق السادس والعشرين والمائتين: اعلم أن قول العلماء إن الشـهادة لا تجوز إلا بالـعلم ليس على ظاهره، فإن ظاهره يقـتضى أنه لا يـجوز أن يؤدى الشـاهد إلا ما هو قـاطع به، وليس كذلك بل حـالة الأداء دائما عند الشـاهد الظن الضعيف فى كثير من الصور، بل المراد بذلك أن يكون أصل المدرك علما فقط، فلو شهد بقبض الدين جاز أن يكون الذى عليه الدين قد دفـعه، فتجوز الشهادة عليه بالاستصحاب الذى لا يفيد إلا الظن الضعـيف، وكذلك الثمن فى المبيع من احتمال دفعه، ويشهـد فى الملك الموروث لوارثه مع جميع جواز بيعـه بعد أن ورثه، ويشهد بالإجازة ولزوم الأجرة مع جواز الإقالة بعد ذلك بناء على الاستصحاب.

والحاصل فى هذه الصور كلها وشبهها إنما هو الظن الضعيف ولا يكاد يوجد ما يبقى فيه العلم إلا القليل من الصور.

فمن ذلك النسب والولاء فإنه لا يقبل النقل، فيبقى العلم فى حاله، ومن ذلك الشهادة بالإقرار، فإنه إخبار عن وقوع النطق فى الزمان الماضى وذلك لا يرتفع.

ومن ذلك الوقف إذا حكم به حاكم، أما إذا لم يحكم به حاكم فإن الشهادة إنما فيها الظن فقط، فإذا شهد بأن هذه الدار وقف احتمل أن يكون حاكم حنفى حكم بنقضه.

الباب الحادى والأربعون

فى القضاء بشهادة النفى

قال القرافى: اشتهر على ألسنة الفقهاء أن الشهادة على النفى غير مقبولة، وفيه تفصيل: فإن النفى قد يكون معلوما بالضرورة أو بالظن الغالب الناشىء عن الفحص، وقد يعرى عنهما فهذه ثلاثة أقسام:

القسم الأول: تجوز الشهادة به اتفاقا، كما لو شهد أنه ليس فى هذه البقعة التى بين يديه فرس ونحوه، فإنه يقطع بذلك، وكذلك يجوز أن يشهد أن زيدا لم يقتل عمرا بالأمس، لأنه كان فى البيت لم يفارقه، وأنه لم يسافر لأنه رآه فى البلد، فهذه شهادة صحيحة بالنفى.

الثانى: تجوز الشهادة به، أعنى بالنفى مستندا إلى الظن الغالب وذلك فى صور منها التفليس، فإن الحاصل فيه إنما هو الظن الغالب، لأنه يجوز عقلا حصول المال للمفلس وهو يكتمه، ومنها الشهادة على حصر الورثة، وأنه ليس له وارث غير هذا، فمستند الشاهد الظن وقد يكون له وارث لم يطلع عليه، فهى شهادة على النفى، ومنها مقبولة الشهادة فى الاستحقاق أنه ملكه، ولم يفوته بنوع من أنواع الفوت ولم يخرج عن ملكه بوجه، وقد تقدم الخلاف هل الشاهد فى ذلك على العلم أو على البت؟ وكذلك الشهادة على انتقال الملك للورثة عن مورثه لا تجوز الشهادة فيه حتى يقولوا لا نعلم المشهود له به فوت شيئا منه، إلى آخر إيقاعهم لشهادتهم، هذا مذهب ابن القاسم.

وقال ابن الماجشون: لابد من الشهادة على القطع والشهادة بالعلم ساقطة، وبالأول القضاء.

الثالث: ما عرى عنهما مثل أن يشهد أن زيدا لم يوف الدين عليه أو باع سلعته ونحو ذلك، فهذا نفى غير منضبط وإنما تجوز الشهادة على النفى المنضبط قطعا أو ظنًا.

*****

الباب الثانى والأربعون

فى القضاء بالشهادة التى توجب حكما ولا توجب الحق المدعى به

قال ابن رشد فى «المقدمات»: الشهادة التى توجب حكما ولا توجب الحق على ثلاثة أقسام:

أحدهما: شهادة الشهود غير العدول فى استحقاق الشىء المعين فإنها توجب توقيفه عند أصبغ.

والثانى: شهادة شاهد أو شاهد وامرأتين أنه سرق له مثل ما يدعى، أو شاهدين إذا جرحا على اختلاف بينهم فى ذلك.

والثالث: شاهد عدل أو امرأتان على الطلاق أو العتق. فإنها توجب اليمين عند جميعهم، فإذا أقامت المرأة شاهدا الطلاق وأنكر الزوج حلف وخلى بينه وبينها، وإن نكل سجن حتى يحلف أو يطول أمره. والقول فى ذلك سنة، وقيل: يحبس أبدا حتى يحلف أو يطلق، وأما العتق فيحلف السيد فإن نكل عتق عليه على أحد القولين وسجن على القول الآخر حتى يحلف.

مسألة: وإذا شهد شاهد بالنكاح فإن كان الزوجان مقرين زادا حينئذ شاهداً آخر وجبر الآبى منهما، وإن كان أحدهما منكرا لم يحلف معه المشهود له وأما المشهود عليه فإن كانت المرأة لم تحلف، وفى «الموازية»: إن ادعت امرأة على رجل أو رجل على امرأة فلا يمين بينهما ما لم يكن شاهد يريد، فيحلف المشهود عليه منهما.

مسألة: وأما الشاهد الواحد على الشرب، فقال فى «المدونة»: إن شهد رجل على آخر أنه شرب خمرا نكل الشاهد.

مسألة: وأما الشاهد الواحد على السرقة فإن كان لها من يطلبها لم يعاقب الشاهد عدلا كان أو غير عادل، وإن لم يكن لها من يطلبها عوقب إن كان غير عادل، وإن كان عدلا لم يعاقب.

مسألة: وأما الشاهد الواحد على القذف فيحلف المشهود عليه ويبرأ، فإن نكل فهل يحد أو يسجن أبدا، حتى يحلف أو يخرج من الحبس بعد سنة خلاف.

مسألة: ولو شهدت البينة أن فلانا افترى على فلان فلا يكتفى بهذه الشهادة، حتى يكشف الشهود عن حقيقة ما سمعوه إذ لعلهم يظنون قذفا وليس كذلك فإن فاتت البينة وتعذر سؤالهم عوقب الشهود عليه على ما يراه الحاكم ولا يقام عليه الحد.

فرع: من ذلك ما روى فى الرجل يدعى عليه أنه باع أصلا أنه لا يجب عليه اليمين إلا بشاهد.

فرع: وكذلك المال يوقف لمدعيه بالشاهد الواحد.

فرع: وكذلك الشاهد الواحد على رجل أنه سب النبى ﷺ فيدرأ عنه الحد، ويجتهد فى أدبه بقدر شهرة حاله.

مسألة: قال أشهب: ولو ادعى رجل على رجل وديعة أو غيرها فجحده وأخذها من بيته على وجه السرقة، فإنه يقطع إلا أن تقوم بينة أنه أودعه ذلك، وإن لم يشهدوا بملكه لها، فأوجبت البينة سقوط القطع، ولم توجب للسارق حقا فى المسروق.

فرع: وكذلك الشاهد الواحد على النكاح الذى دخل ولم يشهد فيه يسقط به الحد عن الزوجين.

فرع: وكذلك الشاهد الواحد على الدعوى التى يصدقها العرف توجب اليمين على المدعى عليه عند من لا يرى القضاء باليمين مع الشاهد.

فرع: وكذلك إذا أقام المدعى شاهدا واحدا على حق يثبت بالشاهد واليمين فقيل له: احلف مع شاهدك واستحق حقك، فإن أبى توجهت اليمين على المدعى عليه، فإن حلفه برىء، وإن نكل قضى عليه بنكوله.

*****

الباب الثالث والأربعون

فى القضاء فى الشهادات المجهولة والناقصة

وفى «الطرر» لابن عات قال الأبهرى: إن شهد الشهود على رجل بحق لا يعرفون عدده، فاليمين على المدعى عليه، فإن أقر بشيء حلف عليه وبرىء لأنه إنما يحكم بإقراره، لأن الشهادة لم يثبت بها الحق حتى يحكم به عليه، لأن الشهود لم يعينوا شيئا ولا حدوه فشهادتهم مجهولة لا يحكم بها، ولو قالوا نشهد بدنانير لا نعرف عددها جعلت ثلاثة، ثم حلف على شهادتهم وإن كانت دراهم، فكذلك لأن الشهود قد بينوا بشهادتهم شيئا معلوما وهى الدنانير، فيؤخذ بأقل ما يقع عليه اسم الدنانير لأنه أقل جمع دينار، يعنى الجمع الأظهر لا الجمع المعلوم بالدليل وهو اثنان ويحلف مع شهادتهم لجواز أن يكون أكثر من ذلك احتياطًا.

فرع: قال وإن شهدوا أن قبله حقا لا يدركون كم هو حلف المدعى عليه وبرىء، لأنهم لم يبينوا حقا معلوما فيسقط حكم الشهادة ويبقى حكم الدعوى التى لا شهادة معها وهو اليمين؛ نقله من «الاستغناء».

فرع: وفى «وثائق ابن العطار»: وإذا شهد الشهود فى النكاح، ولا يعرفون مبلغ الصداق أو شهدوا فى البيع ولا يعرفون الثمن، فقال أبو عمر أحمد بن عبد الملك الإشبيلى: لابد للزوج أن يسمى عددا، فإن أبى حلف الطالب إذا أتى بما يشبه، ولزمه النكاح والبيع مثله، وأجاب فيها محمد بن عبد الله بن القطان بمثل ذلك، وقال إبراهيم بن إسحاق التجيبى: أرى أن الشهادة ساقطة، ولست أقول بقول غيرى، وذكر أنها رواية عن ابن القاسم.

مسألة: وفى «الطرر»: وإذا ادعى رجل على رجل آخر أنه أودعه ثوبا فأنكره فقامت عليه بينة أنه أودعه أعكامًا لا يعرفون ما فيها ويظنون ثيابا، فيجب أن يسجن المدعى عليه ويهدد، فإن أقر بشيء فذلك عليه وكان القول قوله، وإن تمادى على إنكاره حلف صاحب الوديعة على ما يشبه أنه يملك مثله ويأخذه بذلك، والظالم أحق أن يحمل عليه، وقد قيل: إنه يحلف إذا لم تعين البينة شيئا، بعد أن

يستبرأ أمره بالسجن والتضييق والتشديد عليه إذا تمادى على إنكاره، ولا شيء عليه وبالأول القضاء؛ نقله من «الاستغناء».

مسألة: وفى «مختصر الواضحة»: قال مطرف سمعنا مالكا يقول: فى الرجل يشهد له الشهود أن له فى هذه الدار حقا، ولا يعرف كم هو؟ مثل أن يكون من ميراث قد تقادم وتناسخ أهله، وينكر ذلك المشهود عليه، فإنه يقال للمشهود عليه قد ثبت لهذا فى دارك حق فأقر له بحقه، فإن أقر بشيء قل أو كثر حلف عليه، ولم يكن للمشهود له غيره، وإن أنكر وادعى أن الذى شهد عليه به باطل، قيل للمشهود له: أتعرف حقك الذى شهد لك به؟ فإن سماه حلف على ذلك وأخذه، وإن قال لا أعرفه إنما كنت أسمع أبى يقول إن له فيها حقا ولم يكن يسميه فجئت أطلبه، أو قال: لا أعرف ولا أريد أن أحلف عليه صادقا أو كاذبا، فأقر أيها المشهود عليه من حقى بما شئت واحلف عليه، فإنه يحال بين المشهود عليه وبين الدار كلها، لأنا لا ندرى ما بلغ هذا الحق منها، لعله يأتى على أكثرها أو على جميعها إلا جزءًا منها فيوقف عنها، لأن الحق قد ثبت فيها، ولعله أن يكون يعرفه فينكره، كيما يعميه ويبطله على مستحقه، فلا يصل إلى الدار أبدا حتى يقر منها بحق هذا، أو يسمى من ذلك ما سمى ويحلف على ذلك ويأخذ بقية الدار، قال مالك: وإن قال حقه منها الربع وأبى أن يحلف عليه أخذ منه الربع، فأسلم إلى المشهود له وحكم له به بإقراره، ثم كان ما بقى من الدار موقوفا حتى يحلف أنه لا شيء له غيره أو يقر بأكثر منه، ولو أقر بعد ذلك بشيء وأبى أن يحلف عليه كان الأمر فيه كما وصفنا هكذا أبدا حتى يحلف أنه لا حق له فيها غير ما أقر له به منها وسماه، وقال لى مطرف: وقد كنا نقول نحن وغيرنا إذا لم يعرف الشهود الحق الذى شهدوا به ونسوه، فلا شهادة لهم ولا حق لهذا حتى سألنا مالكا - رحمه الله- عنها، وتكلم فيها فأخذنا بقوله وحكم به عندنا غير مرة، وصار منهاجا للحكام ودليلا على هذا النوع من الدعوى والشهادة فيها.

قال ابن رشد فى «البيان» فى باب الاستحقاق: وقد قيل: إن المشهود عليه يسجن بهذه الشهادة ويضيق عليه حتى يبين له حقه ويحلف عليه، وهى رواية أصبغ عن ابن القاسم، وقال أصبغ: فإن أنكر الجميع بعد الحبس أحلف كما حلف المدعى عليه بغير شهادة، قال: ويتحصل فيها ستة أقوال:

أحدها: أن الشهادة لا توجب حكما وهى باطلة.

الثانى: أنها توجب التشديد كما تقدم.

الثالث: أن البينة تستنزل إلا ما لا يشك فيه.

الرابع: أن القول قول المغصوب منه.

الخامس: أن القول قـول الغاصب إلا أن يـأتى بما لا يشبـه فيكون القـول قول المغصـوب منه وهو السادس، ولكنه يعرف بأن يشـهد الشهود على الأرض بعـينها ولا يعرفوا حدودها، وبين أن لا يعينوا الأرض وإنما يشـهدون أنه غصبه فى القرية أرضا لا يعرفونها.

فرع: قال مطرف ومـثله من قول مالك: فى الرجل يدعى قبل الرجـل حقا من محاسبة كانت بينهما ويذكر ذلك، فيأتى ببينة فـتشهد أنهما تحاسبا فبقى لهذا على هذا حق لا نعرف عدده، قيل للمشهود عليه أقر له بحقه، فإن أقر له بشىء قل أو كثر حلف عليه، ولم يكن للمشهود له غيره، وإن جحد قيل للمشهود له: أتعرف كم هذا؟ فإن قال: نعم هو كذا وكذا حلف وأخذه، وإن قال: لا أعرفه كانت بيننا محاسبة ومكاتبة، فضـاعت منى وسقطت فلا أحفظ، أو قال هى كذا وكذا ولكنى لا أريد أن أحلف عليها وإن كنت صادقا، لأن بينتى قد أحقت لى حقا وهو الذى يسمى، فـإن شاء فليـقر بما شاء من قليـل أو كثيـر ويحلف عليه ويبـرأ فإن ذلك كذلك، يقال ذلك للمـشهود عليه، فإن أقـر بشىء وأبى أن يحلف أخذ منه ذلك الشىء فيدفع إلى المـشهود له، ثم حبس لليمين فـيما بقى كما وصـفنا فى المسألة الأولى.

فرع: قال لى مطرف: وكذلك لو أن رجلا أقر فى وصيته أن لفلان عليه حقا ثم مات ولم يسم ذلك الحق كم هو؟ فإنه يقال للورثة كم هو حق هذا؟ فإن قالوا: لا علم لنا به، قيل للمقر له كم حقك؟ فإن سماه أحلف عليه وأعطيه، وإن قال: لا أعرفه وهو كان أحفظ منى، قيل للورثة: لا تصلوا إلى شىء من هذا الميراث حتى تدفعوا إلى هذا حقه منه، أو تقروا له بما شئتم وتحلفون عليه، لأن هذا قد ثبت له أن له فيها حقا، فلابد أن يصل إلى حقه.

فرع: وفي «المذهب»: لوشـهدت البـينة أنه وكله على أن يشتـري له بماله هذا، ولم يثبت على ماذا وكله، حلف الموكل لقد وكله على صنف كذا وأخذ ماله، فإن نكل مضى المشترى بلا يمين.

فرع: وقال لي مطرف: إذا شهد الشهود على رجل أنه غصب من رجل أرضا، ولا يعرفـون حوز الأرض ولا حـدودها، فإن أتى المشـهود له ببينـة سوى أولئك يشهدون له على حـدود أرضه تلك حكم له وإلا قيل للمشهـود عليه انبذ إلى هذا الذي ثبت له أنك غـصبتـه حقـه، فإن أقـر له بشيء منها أحلف عليـه ولم يكن للمشهود له غيره، وإن تمادى على جحـد أنه له، قيل للمشهود له: أتعرف حدود أرضك؟ فإن عرفها حلف على ما حدد منها وكان له، وإن قال: لا أعرفها قد غير حدودها وعمى معالمهـا، حيل بينة وبين الأرض جميعها حتى يقـر له بحقه منها، ورجعت إلى مسألة مالك التي قـبل هذا، بل هذا أحق بالحمل عليه، لأنه غاصب مع ما يلزمه من الأدب الموجع والعقوبة المؤلمة والسـجن الطويل فيما ثبت عليه من الغصب واهتضام الناس حقوقهم.

قال: وهذا إذا كان له في تلك القريـة أو حول تلك الأرض حق قبل ذلك، ثم غصب هذه الأرض وضمها إلى حقه، وأما لو ثبت أن أول دخولها فيها بسبب هذا الغصب الذي ثبت، اكـتفى المشهود له من شـهوده بأن يشهدوا له على أنه غـصبه الأرض وإن لم يحددوها، ولـم يسأل المشهـود عليه كم لهـذا منها؟ وأخـرج منها جميعـها حتى يأتي ببينة على ما ادعـاه فيها بعد دخوله من شـراء صحيح أو حق ثبت له.

فـرع: قـال لي مطرف: في الرجلـين يشـهـدان على الرجل بالمال ويقـول أحـد الشاهدين وقد أشهـدني الذي له الحق أنه قد اقتضى من هذا المال شيـئا ولم يسمه، والذي له الحق منكر أن يكون اقتضى منه شيئا أويكون ميتا، فشهادتهما لازمة جائزة بجمـيع المال، ولا يوضع منه شيء للذي قال الشـاهد، ويحلف المشهـود له إن كان حيًا أنه ما اقتضى منه شيئا، وإن كان لورثة حلفوا مع شهادتهم أن هذا الحق لحق ما علمناه اقتضى منه شـيئًا، ويأخذون حقـهم كاملا، لا يفسد الشـهادة قوله أن الميت تقاضى بعضه؛ من «مختصر الواضحة»، لفضل ابن سلمة من «مسائل القضاء».

تنبيه: قال فضل بن سلمه فى «مختصر الواضحة»: انظر قوله والذى له الحق منكر أن يكون اقتضى منه شيئا لم يجعل مكذبا بالشهادة فتدبره، وهذه المسألة ليست من هذا الأصل، ولكن ذكرتها لترتيب ما بعدها عليها.

فرع: قال ابن حبيب: قال لى مطرف: ولو قال الشاهد أشهدنى أنه اقتضى منه شيئا سماه وقد نسيته، ترك حتى يقف على مالا يشك فيه، ثم يحلف المشهود عليه بالجميع على هذا الذى وقف عليه الشاهد الواحد، بحين ترك أى حين ترك حتى تذكر الشهادة ويبرأ منه.

مسألة: وفى «المذهب» لابن راشد قال: وفى «أحكام ابن سهل» فى شهود شهدوا على امرأة فى وصية وقد ماتت، فقالوا: لا نعرفها بعين ولا باسم، وإنما كنا عرفنا بها ولا نذكر المعرفين، فقال ابن لبابة وأيوب ومحمد بن غالب: لا تنفذ هذه الشهادة.

مسألة: وفى «الطرر» لابن عات: عن سحنون إذا شهدوا على امرأة بنكاح إقرار أو إبراء، وقالوا أشهدنا على معرفة منا لعينها ونسبها، فسأل الخصم أن يدخلها فى نساء ليخرجوها فقالوا: لاندرى، هل نعرفها اليوم أم لا؟ وقد تغيرت حالها، أو قالوا: لا نتكلف ذلك، فقال: لابد أن تخرجوا عينها، فإن أثبتوا أنها بنت فلان ولم يكن لفلان إلا ابنة واحدة من حين شهدوا عليها إلى اليوم جازت شهادتهم، فإن قالوا: أشهدتنا متنقبة وكذلك نعرفها ولا نعرفها بغير نقاب فهم أعلم بمن تقلدوا، فإن كانوا عدولا وعينوها قطع بشهادتهم.

فرع: قال: ولو أقر المطلوب بالحق كله وادعى أنه قد قضاه منه شيئا، وأتى بشاهدين فشهدوا أنه أشهدنا أنه اقتضى منه شيئا لم يسمه فشهادتهما جائزة، وقيل للطالب: سمِّ هذا الذى ثبت عليك أنك تقاضيت، فما سمى من ذلك حلف عليه وكان القول قوله، وإن أبى أن يقر بشىء، قيل للمطلوب: أتعرف هذا الذى شهد لك به؟ فإن عرفه سماه وحلف عليه وبرىء، وإن تجاهل به أو نكل عن اليمين عليه، لزمه غرم الجميع لأنه قد أمكن من حقه فجهله أو نكل عنه، وأما ابن الماجشون وأصبغ فرأيا الشهادة فى ذلك كله ساقطة غير تامة للأولى وللأخرى حتى يسميا ذلك الشىء، وقال ابن حبيب: وقول مطرف فى ذلك: أحب إلى وبه

أقول، وانظر ما نسبه إلى ابن الماجشون وأصبغ، فالظاهر أنه متعلق بهذه المسألة وبالتى قبلها، وليس مراده جميع المسائل المتقدمة يدل على ذلك قوله: «للأولى وللأخرى»، ويدل على ذلك قول ابن حبيب وقول مطرف: «فى ذلك أحب إلى» والمسائل التى ذكرناها أول الباب ليست من قول مطرف، وإنما هى من قول مالك.

تنبيه: قال فضل بن سلمة انظر هاهنا حيث يقول: وإن تجاهل أو نكل عن اليمين لزمه غرم جميع الحق لما أراه، إلا وقد فرق بينه وبين الأصل المتقدم، لأن مالكا - رحمه الله- قد قال فى الدار إنها توقف فى الدين، قال مطرف: يحبس حتى يحلف فى الميراث، ويوقف الميراث فتدبره، يعنى أنه كان ينبغى على قاعدة الأصل الأول، أن يقال للطالب: قد ثبت أنه قد وصل إليك بعض حقك، فلا سبيل لك إلى شىء منه حتى تقر بما وصل إليك، وتحلف عليه وتستحق الباقى، لأنه لا يجوز أنه لم يبق إلا اليسير.

فرع: قال عبد الملك قيل لأصبغ: وإذا قال سمعناه يقول: أحد عبيدى حر لا ندرى من أراد، وقالوا: سمعناه يقول يزيد حر وله غلامان يسميان بيزيد ولا نعلم أى يزيد أراد، فشهادتهم جائزة جحدا أو أقرا، وقيل له اختر أيهما شئت فأعتقه، وأنا لا أقول بقول ابن القاسم فى الجحود أنه يحكم عليه بعتقهما جميعا.

فرع: ولو قال الشهود سماه باسمه فانسيناه وهو جاحد أو عرفنا أى يزيد أراد، ثم أنسيناه فلا شهادة لهم، ويحلف المشهود عليه بالله ما أعتق واحدا منهما.

فرع: ومن ذلك فى شهادة الضرر إذا لم تقطع البينة بحدوث الضرر، إلا أنهم قالوا رأينا شيئا يدل على الحدوث وهو ضرر، حلف القائل إنه محدث وزائل عنه الضرر، إلا أن يقيم المدعى عليه بينة بأنه قديم.

فرع: قال ابن كنانة فيمن شهد على امرأة بإقرار أو بيع ولم يعرفها الشهود بعينها، أو عرفوا الاسم والنسب وقالوا: إن كانت فلانة بنت فلان فقد أشهدتنا، فإن شهد غيرهم أنها فلانة بنت فلان، حاف رب الحق على ذلك وثبت حقه؛ من «الطرر» لابن عات، وذكرها ابن راشد فى «المذهب».

مسألة: وفى «الطرر» لابن عات: لو شهد المشهود فى الحرية على العلم لم تجز الشهادة ولو أوجبت حكما، ولا تكون الشهادة فى ذلك إلا على البت، ذكر ذلك ابن عتاب فى آخر مسائل العتق، وانظر لو شهد أنها تتصرف تصرف الحرائر ولم يشهد أنها حرة، ففى الأول من «أحكام ابن سهل»، قال: بين الشيوخ فيها اختلاف، فقال ابن عتاب: الشهادة بذلك عاملة وحرية المرأة ماضية، وقال ابن القطان: الشهادة ناقصة غير تامة، وقال ابن مالك مثل قول ابن القطان، قال: والآبق يتصرف تصرف الأحرار.

فرع: ومن ادعى على رجل أنه ابتاع منه سلعة، وأنكر البائع وشهدت على ذلك بينة لم يعرف الثمن، فالشهادة تامة عند مالك، ويقال للبائع: قد ثبت البيع فبكم بعتها؟ فإن سمى ثمنا واعترف به المبتاع أداه، وإن ادعى دونه تحالفا وردت، وإن تمادى البائع على إنكار البيع سئل المبتاع عن الثمن، فإن سمى ما يشبه حلف ودفع ما حلف عليه.

*****

الباب الرابع والأربعون

فى القضاء بشهادة

غير العدول للضرورة

وفى «الطرر» لابن عات: قال ابن عبد الغفور فى كتابه «الاستغناء»: حكى بعض شيوخنا المتأخرين من الثقاة: أن أهل البادية إذا شهدوا فى حق لامرأة أو غيرها ولم يكن فيهم عدل أن يستكثر منهم ويقضى بشهادتهم.

تنبيه: قال ابن رشد فى «المقدمات»: بعد أن ذكر شهادة التوسم وشهادة المجهول الحال، اتفقوا فى الحدود والقصاص على أن الشهادة لا تجوز فى ذلك، إلا بعد المعرفة بعدالة الشاهد.

فرع: وسئل بعض الشيوخ المفتين عن القرى البعيدة من المدن على الثلاثين ميلا والأربعين، وفيها الثلاثون رجلا والأكثر من ذلك والأقل، وليس فيهم عدل مشهور بالعدالة، وفيهم مؤذنون وأئمة وقوم موسومون بخير، غير أن القضاة لا يعرفونهم بعدالة ولا يجدون من يعرفهم، يجتمعون على الشهادة عندهم فى الأملاك والديون والمهور والنكاح وغير ذلك، ولا يخالف منهم أحد هل تجوز شهادتهم؟ ويقضى بهم أو يتركون من غير أن ينظر فى أمرهم.

فكتب فى الجواب لكل قوم عدولهم، ولابد من معرفة القاضى لهم بنفسه، يعنى بذلك التوسم فيهم ونحو ذلك، لأبى إبراهيم صاحب النصائح أن شهادة الأمثل فالأمثل منهم جائزة، ويستكثر منهم ما استطاع ويقضى بهم فى ذلك، وحكى نحوه عن أبى صالح، وقال غيره: لولا ذلك ما جاز لهم بيع ولا تم لهم نكاح ولا عقد فى شىء.

فرع: وفى «الحاوى فى الفتاوى» لابن عبد النور: وسئل اللخمى -رحمه الله- إذا رأى الهلال جماعة من الناس ممن لم تتقدم لهم شهادة، ولا ترجى لهم تزكية فى الوقت، فكم قدر العدد الذى يحكم بشهادتهم؟ فأجاب ليس لعدد من يصام

بشهادته إذا كان غير عدل أمر محصور لا يتعدى إلا أنه متى وقع العلم بصدقهم صام الناس ما لم يكونوا دون الخمسة.

فرع: وسئل عبد الحميد الصائغ: عن أهل مدينة التمسوا هلال شوال ليلة ثلاثين فى الغيم فلم يروه، فلما أصبحوا قدمت رفقة كبيرة نحو الأربعمائة أو أقل أو أكثر، فذكروا أنهم رأوا الهلال بالقرب من هذه المدينة نحو خمسة عشر ميلاً رؤية ظاهرة فخرج جماعة من العدول وغيرهم ليختبروا ذلك من الواصلين قبل وصولهم المدينة فسألوا خلقًا منهم فمنهم من قال: سألت مائتين وستين رجلاً، ومنهم من قال: سألت من أول الرفقة إلى آخرها، ومنهم من قال: سألت خمسة وأربعين، حتى قطعوا على ذلك وعلموه يقينًا ولم يبلغهم أنه حكى عن أحد من الناقلين خلاف ذلك، واتفقت شهادة الكل على رؤية واحدة فى وقت رؤية ظاهرة فاشية، ودخلوا المدينة واستفاض ذلك فى الناس، فهل يحكم بهذه الشهادات ويفطر الناس ويصلون صلاة العيد أم لا يجوز الفطر ويتمادى الناس على الصوم؟ فأجاب عن ذلك بخط يده: قد نزل مثل هذا السؤال فى القيروان، وأهل العلم موجودون والمحققون، وكان الذين أخبروا من الرفقة القادمة أقل من العدد الذى ذكرت، فاتفق أهل التحقيق ممن كان فى ذلك الوقت على إيجاب الحكم بقولهم، وحملوا الناس على الصوم إذ كان ذلك الذى نزل فى القيروان فى هلال رمضان، وهذه المسألة ظاهرة بينة ولها مدخل فى الأصول، إذ يتعلق بها من الأحكام باب كبير، فإذا وقع العلم لسامع قولهم وقطع لما قالوه، لم يلتفت إلى إعراض من أعرض ممن لا يحكم الأمر، ولا عنده من العلم ما يميز به هذه المسألة وأشباهها. فإنا لله وإنا إليه راجعون على ذهاب العلم والعلماء.

وكتب فى المسألة آخر لكون الجواب الأول لم يصل، ومن جملته وذكرت لك أن مثل هذا نزل بالقيروان وأهل التحقيق من العلماء كثير، فجعلوا لمن سمع قول أهل الرفقة فمن يميز العلم الواقع فى النفس وغلبة الظن والشك، وهما رجلان عدلان، وقالا: وقع لنا العلم بما قاله أهل الرفقة أنه يجب المضير إلى ما شهدا به، هذا الصواب -إن شاء الله تعالى- ومن وقع له العلم الضرورى بقول أهل الرفقة أو بقول من كان أكثر من الأربعة لزمه الصوم، هذا قول من حقق النظر من

شيوخنا، وسئل اللخمى عن ذلك فأجاب بصحة الجواب المتقدم، ثم قال: والذى عليه أهل العلم من القاضى أبى بكر بن الطيب وغيره، أنه متى وقع العلم من المخبرين لا نراعى عدالتهم، وسئل عن ذلك أيضًا أبو الحسن على بن محمد السوسى المعروف بابن العابد فأجاب بصحة ما تقدم، وذكر كثيرًا من المسائل التى تشهد لذلك ثم قال: وقد روى عن ابن القاسم فى أهل حصن أسلموا، فشهد بعضهم لبعض أن شهادتهم جائزة، وأنهم يتوارثون بذلك.

قال: وأما المتحملون، فإن تحمل منهم عدد كثير فشهادتهم بعضهم لبعض جائزة إذا أسلموا، قال ابن القاسم وأصبغ فى العشرين عدد كثير، وأباه سحنون ولم ينظروا فى ذلك إلى العدالة.

قال: وأما العدد القليل فلا إلا ببينة مسلمين سواهم تشهد على ذلك من تجار أو أسارى كانوا عندهم، فيتوارثون بذلك إذا كان الذين شهدوا لهم عدولاً.

فرع: قال ابن الفرس: وروىَ عن يحيى بن عمر من أئمة المالكية أنه أجاز شهادة من لا تعرف عدالته فى الشىء اليسير وهو استحسان.

فرع: وفى «المقنع»: سئل مرة سحنون عمن ادعى على رجل بدم، فأقام شاهدًا ليس بعدل بحبس المطلوب. قال: يتوثق منه حتى يكشف اللطخ الذى ادعوا عليه فلم يبطل حكم شهادته، بل أوجبت التوثق والكشف.

فرع: قال أبو بكر الطرطوشى فى مقدمة «تعليقة الخلاف»: قال ابن شعبان فى كتاب الوكالات يجوز قبول المعروف بالمرأة المشهود عليها وإن لم يكن عدلاً.

مسألة: قال بعضهم: نقل ابن عبد البر فى «الاستذكار»: أنه لا يشترط فى الشاهدين اللذين عند القاضى العدالة، يعنى بهما الملازمين لمجلس حكمه فانظره، وذكر ذلك ابن العطار فى «وثائقه»، قال: إذا أقر الخصم عند الحاكم بمحضر شاهدين عدلين قضى عليه بما أقر به بمحضرهما، قال غيره: وقد اعترض ذلك ثم حكىَ ما نقله ابن عبد البر.

فرع: ومن ذلك الحكم بقول المترجم، قال ابن راشد: ولا يقبل فى ذلك قول الكافرَ ولا العبيد ولا المسخوطين، قال بعض الشيوخ: يريد مع وجود عدل ولو

اضطر إلى ترجمة أحدهم يعمل بقوله، كالحكم بقول الطبيب النصرانى فيما يضطر إليه فيه، وكـذلك يقبل فى اللوث بشهادة غير العـدول على القول بذلك، ويقسم معه أولياء الدم وذلك لأجل الضرورة وصيانة الدماء.

ومن ذلك أن يحمل كـتاب قاضى إلى قاضى رجـلان، فيشهـدان عند المكتوب إليه على كتـاب القاضى، وأثنى عليهما القاضى عنده بخـير، وإن لم يكن تعديلاً بينا، أو زكى أحدهما ولم يزك الآخر، أو وسم فيهما الصلاح، وكان الخط والختم مشهـورين عند المكتوب إليه، فإنى أسـتحسن إجازة مثل هذا لتـعذر العدول، ولما جرى به العمل فى صدر السلف الصالح من إجازة الخواتم.

فرع: وفى «مختصر الواضحة»: وإذا أقر الشاهدان أو أحدهما أنه مسخوط بعد القضاء ولا غرم عليهما، وانظر أبدًا كل شاهد شـهد فقضى بشهادته ثم ثبت عليه أنه غير عدل، أو مسخوط بإقرار من الشاهدين أو ببينة فلا غرم على الشاهدين إلا أن يكون المسخوط البـين الفساد الظاهر الشهرة المارق ذو الجـراءة فإنه يرد ما حكم بشهادته ويفسخ، وأما غير المارق البين الفساد فلا يرد ما حكم بشهادته ويمضى.

فرع: وفى «المتـيطية»: قـال أبو عمـر فى «كافـيه»: وإن شهـد عند شـهود لا يعرفهم، فاغترف المشهود عليـه بعدالتهم جاز للقاضى أن يقضى بهم عليه وإذا لم يكذبهم، ولا يقضى بهم على غيره إلا أن يعرف عدالتهم. وقال أصبغ: إذا رضى الخصمان بشهادة من لا يعرف القاضى عدالته ولا جرحته لم يحكم بها.

فرع: قال ابن القاسم: وإذا رضى المسلمان بشهادة المسخوطين فبما بينهما لزمهما وليس لهما الرجوع عنه، كما لو رضيـا بغير شهادة، ولو رفعا ذلك إلى الحاكم لم يحكم عليهما بشهادتهما.

فرع: وفى «المتيطية»: واختلف فيمعنى قوله تعالى فى آية الوصية فى آخر «سورة المائدة» فى قولـه تعالى: ﴿ذَوَا عَدْلٍ مِّنكُمْ أَوْ آخَرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ﴾ [المائدة:١٠٦] فقيل: من غير قبلتكم لأنه شرط العدالة فى المسلم بقوله: ﴿ذَوَا عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ وإذا كان ذلك لم تجـز شهادة الكافر، وقـيل: إنما شرطت العدالة إذا كانت الشـهادة فى الحضر، وفى رواية ابن القاسم عن مالك أنها منسوخة بقوله: ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ

مِّنكُمْ﴾ [الطلاق: ٢] فى الوقف فى قوله: ﴿مِّنكُمْ﴾ والابتداء ﴿أَوْ آخَرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ إِنْ أَنتُمْ ضَرَبْتُمْ فِي الأَرْضِ﴾ [المائدة: ١٠٦] فتجوز للضرورة وعلى هذا تجوز شهادة المسلم فى السفر وإن لم يكن عدلاً.

فرع: وفى «الحاوى» لابن عبد النور وسئل السيورى عن أهل قرية ليس فيهم عدل، سكنوا قفصة ويشهدون فى الأمر، لا يعرفه غيرهم مثل شأن فقيرة يتيمة لا ولى لها، تريد النكاح ولا يعرفها إلا أهل القرية وهم قريب من مائة رجل، فكيف يكون عملهم؟ وهل تجوز شهادة بعضهم لبعض فيما تقدم فى مكانهم إذا لم يكن فيهم عدل؟ فأجاب: إذا لم تكن تهمة تلحقهم فيما شهدوا فيه وكانوا جماعة فيحضرون جماعتهم لمن يحضر كلامهم من أهل العلم والعدل، فإن ذكروا أنهم وجدوا أنفسهم ساكنة لصدقهم، ولست أعنى بساكنة أنهم مائلون عن الحق، أم أنهم قالوا الحق بل يرون أن الله تعالى خلق فى قلوبهم صدق ذلك، والقطع به كأنهم يرون ذلك ويشاهدونه، فإن حصل ذلك فى قلوب رجلين أو أكثر حكم بذلك إذا كان الذى سمع منهم خمسة فأكثر، وأن يتفق ذلك فعسى أن يكثروا ممن يشهد فى ذلك، وأقل ذلك ثلاثون عندى إذا لم يكن عندهم مهمة شهدوا به فكلما أصيب أزيد من ذلك فحسن، فكلما كثروا كان أطيب للنفس، والله الموفق.

تنبيه: وهذا الذى قاله أبو القاسم السيورى يخالفه فيه المازرى، وقيل: سئل المازرى -رحمه الله- عن عشرة رجال من عوالم الناس، أو خمسة عشر رجلاً شهدوا عند عدلين فى الأموال والحدود، فيقول العدول تحقق عندنا من قول هؤلاء صحة الشهادة فشهد بها العدول، والعدول غير عارفين بالعلم الضرورى، فهل للحاكم أن يقبل هذه الشهادة ويحكم بها على من حضر أو غاب؟ والعوام والعدول والمشهود عليه حاضرون فى البلد، فأجاب لنا فى هذه المسألة إملاءً لما استفتينا عن حاكم حكم بمثل هذه الشهادة، وذكرنا أن الحكم بذلك ينقض لأنه عول فيه على معنى ليس بهنالك فى النظر، وهذه أشياء تحكى عن الشيخ أبى القاسم السيورى: أنه كان يشير إلى أن النظر يقتضى قبول مثل هذا فى بعض المواضع، ولكن إذا كان الشاهدون السامعون يعرفون طرق العلم الضرورى، وأما إذا كانوا لا يعرفون ذلك فلا يقبل منهم، والذى عندنا أن هذه الشهادة لا تقبل لا

من عارف بالعلوم الضرورية، ولا من غير عارف بها وقد استدللنا على ذلك فى الذى أمليناه، قديمًا، وكشفنا سر القول فيه وحكمة الشرع نتيجتها المنع من قبول الشهادة لمثل هذا، وقد وقفنا للطبرى فى بعض تصانيفه على أن الإجماع على منع قبول هذه الشهادة فى الأموال، وبالله التوفيق.

فرع: وفى «الطرر» لأبى ابراهيم على «التهذيب» فى «باب اللقطة» عند قوله: وإذا شهد قوم غرباء لا يعرفون لم يقبلوا، قال: ظاهره وإن كانت الشهادة فيما بينهم وظاهره وإن كانت الشهادة فى الأموال أو فى الجراح، وقال ابن شعبان: إذا قدمت الرفقة فشهد بعضهم لبعض فى الإجارات جازت الشهادة، إذا توسمت فيهم المروءة فى العقل والقول. قال الله عز وجل: ﴿وَاسْأَلِ الْقَرْيَةَ الَّتِي كُنَّا فِيهَا وَالْعِيرَ الَّتِي أَقْبَلْنَا فِيهَا﴾ [يوسف: ٨٢]، وقوله: فى الإجارات يدل على أنها لا تجوز فى الجراح، وكذلك وقع «الواضحة» على المحاربين، وقد ذكرناه فى باب الشهادة بالتوسم، وفى ثمانية أبى زيد أن شهادة الغرباء بعضهم على بعض جائزة فيما بينهم فى الأموال لا فى الجراح، وإن لم يعرفوا بعدالة، ويقبلهم الحاكم بالتوسم إذا لم يسترب منهم شيئًا قطع يد أورجل أو مضروب أو ما أشبه ذلك، ولا يسمع فيهم من المشهود عليه تجريح، لأن شهادتهم إنما جازت للضرورة يعنى لا يجرحهم بأنهم غير عدول، وأما جرحهم بالعداوة أو لأجل القرابة فيسمع ذلك فيهم، فإن قيل وكيف يعرفهم الحاكم؟ قيل له: ورد عن عمر بن الخطاب -رضى الله عنه- يعرف الرجل من ساعته إذا تكلم، ومن يومه إذا لم يتكلم، وقوله فى «التهذيب» يعنى لم يقبلوا. يعنى ليس كونهم غرباء بالذى يبيح شهادتهم، وظاهره قلوا أو كثروا، ومعناه ما لم يبلغوا حد الاستفاضة، فإن ذلك يفيد العلم وظاهره كان فى البلد عدول أم لا، وقال صاحب «الاستغناء»: إذا كان البلد لا عدول فيه، فإنه يكتفى فيه بالأمثل فالأمثل، ويستكثر بحسب خطر الحقوق، قال: وظاهر ما قال أبو محمد أنه لا يزاد منهم على النصاب.

فرع: قال ابن القاسم وغيره فى شهادة المسلوبين على المحاربين، أنها تجوز عليهم فى قطع السبيل دون ما ادعوه لأنفسهم من المال إلا أن يقل فيجوز، وفى «مفيد الحكام» تجوز شهادة المسلوب لغيره، وقيل: تجوز له ولغيره فيما قل، وقال

مطرف وابن حبيب: شـهادتهم على المحارب فى المال جائزة، ولم يفـرقا بين قليل ولا كثير وإنما أجيزت للضرورة.

فرع: وفى «المنتقى» للباجى أن شهادتهم تجوز إذا كـانوا عدولاً، فإن كانوا عبيدًا أو نصارى أو غير عدول لم يقبلوا، ولكن إذا استفاض ذلك من الذكر وكثر القول أدبهم الإمام أو نفاهم.

فرع: ومما أجيزت فيه الشهـادة للضرورة، شهادة البدوى على القروى فى بعض المواضع من قوله ﷺ: «**لا يقبل شهـادة البدوى على القروى**»، قال ابن عبد الحكم تأوله مالك -رحمـه الله تعالى- على أن المراد الشهادة فى الحـقوق والأموال، ولم يرد بذلك الشهـادات فى الدماء وما فى معنـاها، مما تطلب به الخلوات من الجراح والقـتل والضرب والشـتم والزنا والشـرب والقذف ومـا أشبـه ذلك مما لا يقصـد الإشهـاد عليه، وقال الـلخمى: يجوز فى المال والنكـاح، إذا قال مررت بهـما أو كنت جالسًا فسمعته يقول بكذا، أو باع منه كذا أو تنازعا فى النكاح فأقرا بالعقد، ولا تجوز فى الوثائق والصدقات ولا فـيما يقصد فيه الاستـعداد فى الشهادة، لأن هذا ليس محل ضـرورة، وشهادتهم فى مثل ذلك والعدول عن أهـل العدل إليهم ريبة، إلا أن يعلم مخالطته لهم أو يجمعهم وإياه سفر فتجوز.

مسألة: وفى كتاب «الدلائل والأضداد» لأبى عمران الفاشى قال: قال أبو عمرو وكل موضع يتعذر فيـه حضور الشهود من الملاهى وغيرها، فشـهادة بعضهم على بعض جائزة بلا مراعاة عدالة للضرورة الداعية إلى ذلك، قال: ومثله فى «منتخب الأحكام» يريد لابن أبى زمنين؛ فانظره.

فرع: قال ابن الفرس فى «أحكام القرآن» إذا كانت قرية ليس فيها عدول وبعدوا عن العـدول. فهل تجوز شـهادة بعـضهم لبـعض فى الأموال أم لا؟ والذى عـليه الجمهور؛ فى «المذهـب»، ولا يعرف المتقدم منهم فيه خـلاف أن شهادتهم لا تجوز وهو ظاهر قول ابن حبيب فى «الواضحة» ونقله الباجى، ورأيت قومًا من المتأخرين يحكون عن أشيـاخهم أنهم كانوا يـقولون بجواز الشـهادة ممن ذكرناه، ويعـملونها للضرورة كـشهادة أهل الرفـقة مع التوسم، ورأيت بـعضهم يحـتج فى ذلك بقوله

تعالى: ﴿وَاسْأَلِ الْقَرْيَةَ الَّتِى كُنَّا فِيهَا وَالْعِيرَ الَّتِى أَقْبَلْنَا فِيهَا﴾ [يوسف: ٨٢] يعنى أهل القرية وأهل العير، وقال ابن راشد فى كتاب «المذهب»: إذا كان الموضع لا عدول فيه قبلت شهادة أمثلهم.

مسألة: قال القرافى فى «الذخيرة» فى «باب السياسة»: نص ابن أبى زيد فى «النوادر»، على أنا إذا لم نجد فى جهة إلا غير العدول أقمنا أصلحهم وأقلهم فجورًا للشهادة عليهم ويلزم مثل ذلك فى القضاء وغيرهم فلا نضيع المصالح. قال: وما أظن أحدًا يخالفه فى هذا، فإن التكليف شرط فى الإمكان وهذا كله للضرورة، لئلا تنهدر الدماء وتضيع الحقوق وتتعطل الحدود، ولذلك أجازوا شهادة النساء فى المآتم والأعراس والحمام فيما يقع بينهن من الجراح على الخلاف فى ذلك، وأجازوا شهادة الصبيان فيما يقع بينهم من القتل والجراح، وأوجبوا القسامة بشهادة غير العدل وعلى رواية أشهب عن مالك حفظًا للدماء، وأجازوا ترجمة الكافر والعبد والمسخوط إذا لم يوجد غيره على الخلاف فى ذلك، وأجازوا الحكم بقول الطبيب النصرانى فى العيوب وفى مقادير الجراح وتسميتها، وأجازوا إشهاد النساء فى قياسهن الجراح حيث يجوز الشاهد واليمين وغير ذلك للضرورة، وأجازوا شهادة السماع فى الضرر بين الزوجين، وشهادة اللفيف من الناس والجيران وإن كانوا غير عدول، قال المتيطى: وهو المشهور، وأجازوا فى الشهادة فى الرضاع أن يشهد العدول على لفيف القرابة والأهلين والجيران، وإن لم يكونوا عدولاً كالنساء والخدم، أنه اتصل عندهم أن فلانًا أرضعته فلانة، وهو المشهور من المذهب وهو حسن لأنه لا يحضره الرجال فى الأغلب ولا يعتنى الأهلون بإحضار عدول النساء له.

ولابن القاسم: أن السماع لا يجوز إلا من الثقات فى جميع الأشياء؛ من «المتيطية» فى مسألة بعض الحكمين، ومعنى قوله: أن يشهد العدول على لفيف القرابة، يريد أن الحاكم أرسلهم ليشهدوا ويكشفوا عن ذلك.

*****

فهرست

الجزء الأول
من كتاب
تبصرة الحكام فى أصول الأقضية ومناهج الأحكام
لابن فرحون المالكى

تمت فهرست الجزء الأول من كتاب

«تبصرة الحكام فى أصول الأقضية ومناهج الأحكام»

لابن فرحون المالكى سنة ٧٩٩هـ